


PMA 21





Ex libris
Benedicti Schmidt [illegible]
[illegible]

Die

Bonorum possessio.

Ihre geschichtliche Entwicklung

und

heutige Geltung,

dargestellt

von

Dr. Burkard Wilhelm Leist,
Privatdocenten zu Göttingen.

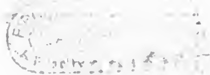
Erster Band.

Göttingen,
bei Vandenhoeck und Ruprecht.
1844.

Ex libris

Eduardi Schmidt Gedanensis.

Bonn d. 23. m. Apr. A. 1850.



Inhaltsangabe.

Zweites Kapitel.

Subjecte der bonorum possessio.

Seite

Drittes Kapitel.

Objective in der bonorum possessio enthaltene Rechte.

Einleitung.

Die Arbeit, welche ich hier der Oeffentlichkeit überliefere, bedarf einiger vorgängiger Bemerkungen über den Werth und die Bedeutung des darin behandelten Gegenstandes. Es kann mir dabei nicht in den Sinn kommen, eine Anpreisung der Waare, welche ich darbiete, zu unternehmen, ich bezwecke vielmehr nur, aus der Beschaffenheit des Gegenstandes von vorn herein die Principien zu entwickeln, welche mich bei der Abfassung dieses Werkes geleitet haben.

Wenn es richtig ist, daß es die Aufgabe der Theorie sei, ein **jus finitum** herzustellen, wie dies möglich und nothwendig ist [1]), damit der Praxis für die Subsumtion der Lebensverhältnisse unter die Rechtsregeln vorgearbeitet werde, — so folgt daraus, daß wir als Maaßstab für den Werth irgend einer Rechtslehre immer vor Allem die Frage nach ihrer practischen Anwendbarkeit beantworten müssen. Und in der That beschäftigen sich damit bei gar vielen Instituten des Römischen Rechtes die Juristen höchst eifrig. Die **bonorum possessio** aber hat von jeher das Schicksal gehabt, einer solchen Beachtung sich nicht eben rühmen zu können.

---

1) . . . . . quum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. Fr. 2. de jur. et facti ign.

Man kann eine Reihe von Schriftstellern aus den vorigen Jahrhunderten nachsehen, ohne Anderes bei ihnen zu finden, als einige allgemeine Bemerkungen, daß schon nach dem neuesten Justinianeischen Rechte und jedenfalls nach der modernen Praxis der bei weitem größte Theil des Prätorischen Erbrechtes antiquirt sei. Eine tiefer eingreifende Untersuchung, eine klare Darstellung der Principien, unter denen Justinian dasselbe in sein Rechtsbuch aufgenommen habe, suchen wir vergebens, und doch finden wir wieder ganze Theile des Institutes, wie z. B. gar Manches von der sec. tab. b. p. so vorgetragen, als wenn eine allgemeine Anwendbarkeit derselben nicht bezweifelt werden könnte. Bei solcher Unentschiedenheit der Ansichten konnte es nicht fehlen, daß das Ganze immer nur höchst dürftig abgehandelt wurde, und sehr naiv entschuldigt dies z. B. Voet in seinem Pandektencommentar mit der Wendung, daß man mit der sterilen Darstellung dieser meist antiquirten Lehre gewiß zufrieden sein werde, indem er dafür das so höchst praktische — Lehnrecht zur Compensation an dieser Stelle eingeschoben habe.

Consequenter sind dem gegenüber die Juristen, welche, wie z. B. Domat, die b. p. ganz und gar aus dem Gebiete des heutigen Rechtes streichen, und in einer Dissertation von Stupp (de fatis bon. possessionum sub Imperatoribus post ICtos in Pand. excerptos. Bonn 1793.) wird ihrer practischen Anwendbarkeit freudvoll eine Leichenrede gehalten: „Quos de hac re consultos novi viros in ipsis rebus agendis exercitatissimos, hi ingenue fassi sunt, sibi hujus rei exemplum datum non esse. Quod cum intolerabili judicum ignorantiae adscribunt alii, ego de felicissimo hoc ignorantiae genere juri, quo utimur, etiam atque etiam gratulari malo.“ — Zornig erhebt sich dagegen der Kanzler Koch, der die b. p. in einer eigenen weitläuftigen Monographie behandelt hat [2]), und ihr, (auch wohl um sein Buch nicht unnütz geschrieben zu haben) eine umfassende practische Bedeutung vindicirt [3]). Aber

2) Bonorum possessio Literarisches Testament, nebst Commentar, Revision und Codicill. Gießen 1799.

3) S. 351 heißt es gegen Stupp: „Wenn man so in der Jurisprudenz

bei Koch, der als praktischer Jurist in großem Ansehen stand, und das Historische durchaus vernachlässigt, fließen gerade antiquirte und anwendbare Rechtssätze in eine so wilde unorganische Masse zusammen, daß ein klares Endresultat nicht im Geringsten erlangt wird. Es zeigt sich bei ihm, so auffallend wie wie nur möglich, daß, wer practisches Recht darstellen und doch sein Studium nicht auf die geschichtliche Entwicklung desselben richten will, allenthalben der Gefahr unterliegt, völlig antiquirte Rechtssätze als geltend aufzuführen, und umgekehrt durchaus anwendbare Punkte gänzlich zu übersehen.

Indessen begann schon um diese Zeit ein anderer lebensvollerer Geist in die Rechtswissenschaft zu kommen, und dieser hat auch gerade auf die Bearbeitung der b. p. seine Einwirkungen geäußert. Hugo, der unsterbliche Erwecker und Förderer dieser Richtung hat auch selbstthätig auf die Erforschung des Ursprungs der b. p. und ihrer geschichtlichen Fortbildung eingewirkt. Seitdem aber hat rege Thätigkeit geherrscht, die so vielfach dunklen Partien dieser Lehre aufzuhellen. Die früheren Schriftsteller, selbst Cujacius und Donellus, begnügten sich mit der allgemeinen Antwort, die b. p. sei vom Prätor eingeführt, um das in enge Kreise eingeschlossene Civilrecht, welches in einzelnen Stücken beibehalten worden sei, in anderen Punkten theils zu erweitern, theils direct umzuändern; aber der Prätor habe natürlich Niemanden zum heres machen, sondern seine Erben nur loco heredis hinstellen können; und somit hielt man die Ulpiansche Definition in fr. 3. §. 2. de b. p. — sie sei das jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque, quum moritur, fuit, — für genügend erklärt. — Man hat eingesehen, daß das nicht genüge; daß die b. p., dies außerordentlich weitgreifende Institut, wie Alles im Römischen Recht aus kleinem Ursprunge müsse hervorgegangen sein, daß es lange Zeit gedauert habe, ehr sie zu dem

raisonniren dürfte, so würde man das ganze Corpus juris civilis leicht ganz wegraisonniren können; und dann hätten die Ignoranten und Rabulisten gewonnenes Spiel, um ihr Corpus juris cerebrini in den Hörsälen nicht allein, sondern auch in den Gerichtsstuben, als das allein geltende Gesetzbuch ausschreien zu können."

wurde, was sie zu Ulpians Zeiten war, und daß sie seitdem unter der Einwirkung der späteren Kaiser und namentlich Justinians, wieder eine ganz andere Gestalt gewann. Man ist sich bewußt geworden, daß diese Entwicklung auch für das Verständniß des practischen Rechtes nothwendig sei, weßhalb sie denn auch in den Pandektencompendien nie ganz unerwähnt bleiben dürfe [4]). Die Ansichten über Entstehung der **b. p.** sind sich nun in raschem Wechsel gefolgt, in der verschiedensten Weise sind einzelne Punkte des ganzen Institutes benutzt worden, in denen die Abhülfe eines Mangels des älteren Rechtes enthalten war, um daraus dann die weitere Entwicklung des Prätorischen Erbrechtes abzuleiten.

Ein solches Auftauchen immer neuer Ansichten beweist wenigstens, daß die vorhergehenden noch nicht gehörig dargethan sein müssen, und überhaupt sind auch schon Stimmen laut geworden, welche voraussagen, daß wir hier wohl nie zu einem entschiedenen Resultate gelangen würden [5]). Das muß die Zeit lehren. Jedenfalls aber scheint es unsere Pflicht, daß wir bei den Forschungen über den Ursprung des Instituts nicht den letzten Theil seiner Geschichte übersehen. Von der **b. p.**, wie sie zu Ulpians Zeiten bestand, können wir uns ein ziemlich klares Bild construiren, wenn freilich auch hierfür bei einzelnen Punkten die Ansicht über den Ursprung von der größten Wichtigkeit ist. Was von da an bis auf Justinian sich änderte, und namentlich was dieser aus dem ganzen Institute gemacht hat, muß uns offenbar am meisten zur Prüfung anziehen, indem darin gerade die unmittelbare Entwicklung des practischen Rechtes liegt. Und wenn wir auch im Verhältniß zu der Menge des Antiquirten nur ein Minimum des geltenden Ueberrestes als Resultat erlangen, so ist doch dies Minimum wahrlich immer noch bedeutend genug, um der Arbeit werth zu sein.

Wer die Literatur kennt, wird mir zugeben, daß hierin noch äußerst wenig gethan ist. Außer einer trefflichen, aber

4) Mühlenbruchs Pand. Vorrede zur 2. Aufl. S. IX.

5) Arndts Beiträge zu versch. Lehren des Civilrechts und Civilprocesses. (1837). H. I. S. 110.

nur kurzen Abhandlung von Löhr[6]), beschränkt sich Alles, was wir darüber lesen, auf einzelne zerstreute Notizen in Abhandlungen und Compendien, welche mit dem, was in anderen Lehren (z. B. der Ersitzung, der Legatenlehre) über die Justinianischen Zusammenschmelzungen gesagt und gestritten wird, in keinem Verhältniß steht. Freilich ist auch in Beziehung auf die b. p. kein eigenes Justinianisches Gesetz, wie z. B. bei der Ersitzung die l. un. C. de usuc. transform. vorhanden, welches uns gleich äußerlich die verschmelzenden Tendenzen seiner Gesetzgebung zu erkennen gäbe. Daß der Institutionentitel de bonorum possessionibus die Stelle eines solchen Gesetzes vertreten sollte, ist nicht Jedem klar geworden.

Schon bei Gelegenheit einer im Jahre 1841 von mir herausgegebenen Dissertation (Historia bonorum possessionis secundum tabulas) hatte ich die Absicht gehabt, diesen einen Zweig des Ganzen bis zu dessen heutiger Bedeutung zu verfolgen. Indessen hielt mich davon theils der Raum einer solchen Schrift, theils die Betrachtung zurück, daß es besser sei, die Untersuchung gleich auf die practische Gültigkeit der gesammten b. p. zu richten, indem gar manche Argumentationen sich auf das ganze Institut bezögen, und es nur unpassend sein könne, sie bloß auf die secundum tab. b. p. anzuwenden. Ich entschloß mich also zu einer umfassenden Darstellung des heutigen Rechts der b. p. Aber diese führte mich stets wieder auf die früheren Zustände zurück, und ich sah ein, daß ich das spätere Recht nur nach Entwicklung meiner Ansichten über das frühere werde klar machen können.

So ist das Werk entstanden, von dem hier der erste Band erscheint, welchem der zweite sobald als möglich nachfolgen wird. Ich hoffe nicht, daß man mir den Vorwurf der Weitschweifigkeit aufbürden werde, weil ich nicht in Einen Band das Ganze zusammenzufassen im Stande gewesen wäre. Man wird es vielleicht erkennen, wie sehr ich bemüht gewesen bin,

---

6) In seinem Magazin III. 333—353.

mit dem Streben nach vollkommener Deutlichkeit das nach möglichster Kürze zu vereinigen, und wie ich gar häufig nicht unwichtige Punkte um der Ersparung des Raumes willen von der Darstellung ausgeschlossen habe. Der Umfang der **b. p.** ist ein zu bedeutender, als daß eine gründlichere Darstellung desselben durch Rücksichten auf den Raum eines Druckbandes beherrscht werden könnte.

Dem ganzen vor mir liegenden Gegenstande habe ich eine solche Anordnung gegeben, daß man sie theils eine historische, theils eine dogmatische nennen kann. Wenn es nämlich die allgemeine logische Vorschrift ist, mit der Entwicklung des Begriffs anzufangen, so kann dies doch in Folge der speciellen Natur des zu behandelnden Gegestandes seine besondere Gestalt annehmen. Die weitläuftigste Definition der **b. p.** besitzen wir von Ulpian in **fr. 1.** und **3. pr. – §. 2. de bonorum possessionibus.** Nun aber wird Niemand noch den Beweis verlangen, daß diese Definition von Ulpian in ganz anderem Sinne genommen wurde, als wie Justinian, der sie in die Pandekten recipirte, sie genommen wissen will. Wir können also nicht mit dem Begriff der **b. p.** unter Justinian anfangen, wir müssen Ulpians Definition erst aus der zu seiner Zeit bestehenden Gestalt des Institutes rechtfertigen. Ulpian aber definirt die **b. p.** ebenso wie schon Labeo es gethan hatte. Ferner bezeugt Cicero, in einer später anzuführenden Stelle, daß wie zu seiner Zeit die **b. p.** bestand, so sie von ihrer Entstehung an gewesen sei, und da nun auch Labeos Definition durchaus auf Ciceros Zeit paßt, so folgt, ganz abgesehen noch von anderen Beweisen, schon hieraus, daß sich ein System der **b. p.** müsse construiren lassen, dessen Inhalt, genau in sich selbst zusammenhängend, vollkommen mit der Ulpianschen Definition übereinstimmt, und also, da diese Definition schon auf die ältesten Zeiten paßt, auch als die älteste Gestalt der **b. p.** angenommen werden muß.

Ebensowenig aber, wie mit dem Inhalt eines Dinges dessen Umfang verwechselt werden darf, können wir uns nun auch wundern, daß die Ausdehnung der **b. p.** zu Ulpians Zeit eine bei weitem größere war als anfangs. An dasjenige, was sie ursprünglich allein gewesen, und was auch noch später un-

verändert fortbestand, hatte sich, bei dem Drange nach Ausbildung des Römischen Rechts, in Folge besonderer Veranlassungen gar Manches angesetzt, welches theilweise noch durchaus mit dem ursprünglichen Begriffe der b. p. übereinstimmte, theilweise aber schon als nicht damit zu vereinigende Ausnahme sich neben denselben stellt. Unter Ersteres rechne ich namentlich das Erbrecht der Cognaten und Ehegatten, unter letzteres die **contra tabulas** und **unde liberi bon. possessio.** Indem der Prätor selbst schon Schritte that, welche, vom ursprünglichen Standpunkte des Institutes aus betrachtet, als Ausnahmen aufzufassen sind, so wurde dadurch die Brücke gebaut zu der vollständigen Umgestaltung, welche in der späteren Kaiserzeit dem ganzen Begriff der b. p. widerfuhr.

Ich habe nun versucht, in diesem ersten Bande den eigentlichen Kern des ganzen Institutes zu construiren, so wie wir ihn bereits für die ältesten Zeiten uns zu denken haben, wie er aber auch noch in der Blüthe der Römischen Jurisprudenz fortbestand. Daraus rechtfertigt sich erst Ulpians Definition, die daher am Ende dieses Bandes erklärt werden mußte. Im Anfange des zweiten folgen die Theile, welche wir auch hinwegdenken könnten, ohne damit die b. p. aus dem Römischen Rechte zu streichen, d. h. die neuen vom Prätor eingeführten Erbklassen. Das Ende des zweiten Bandes wird dann die Umgestaltung der späteren Zeit und namentlich Justinians Reception umfassen.

Hieraus geht hervor, daß (wie es auch bei einem Stoffe gleich dem unsrigen gar nicht anders denkbar ist), die Darstellung im Allgemeinen dem Lauf der Zeiten folgt. Indeß habe ich mich daran keineswegs streng binden wollen. Punkte, die auch schon in der früheren Zeit vorhanden, nur in äußerlicher Verbindung mit dem Hauptsysteme der b. p. stehen, habe ich, wenn sie unter Justinian ebenfalls zu erwähnen waren, aus dem Gebiete des ersten Bandes ganz ausgeschieden, um sie, (wie z. B. die **decretalis b. p.**) später in Eins darstellen zu können.

Die Entwicklung dieses ersten Bandes bildet in seinen Grundzügen ein genau in sich selbst zusammenhängendes Ganze, von dem man nicht wohl einen Stein wegnehmen kann, ohne

nicht auch das Uebrige zu zertrümmern. Ob es auf Sand erbaut sei, oder in festem Boden seinen Grund habe? — Andere haben das zu beantworten, und ich warte bescheidentlich des Urtheils. Nur bitte ich bei der Beurtheilung der Grundprincipien meiner Schrift folgende drei Punkte zu trennen. Meine Ansicht über die ursprüngliche Gestalt der b. p. läßt sich kurz genug ausdrücken: sie war Nichts als die Einführung einer successio unter den schon im Civilrecht bestehenden Erbklassen. Es liegt mir also ein dreifacher Beweis ob:

1) daß das Civilrecht anfangs gar keine successive Berufung der ihm bekannten ordines enthielt;

2) daß das Prätorische Recht auch der späteren Zeit entschieden eine successio unter den civilrechtlichen ordines anerkennt; und

3) daß sich gerade aus der Einführung dieser successio unter den civilrechtlichen Erbklassen der Ursprung der gesammten b. p. entwickeln lasse.

Diese drei Punkte ließen sich indeß in der Darstellung selbst nicht auch so äußerlich auseinander halten, daß sie ebensoviele Kapitel dieses ersten Buches ausgemacht hätten. Der Gegenstand und die Beschaffenheit der Quellen, aus denen zu beweisen war, geboten vielmehr eine ganz andere Anordnung der Argumentation. Aber der Leser wird leicht erkennen, was Alles im Laufe der Darstellung zum Beweise jener drei verschiedenen Punkte angeführt ist. Das auf den ersten Bezügliche ist vollständig bereits in diesem Bande enthalten. Ebenso auch Alles, was in Rücksicht auf den dritten Punkt direkt darzuthun scheint, daß die ursprüngliche Gestalt der b. p. nur eben die civilrechtlichen ordines umfaßt habe, wogegen die entgegengesetzten positiven Beweise, daß die eigenen Prätorischen Erbklassen aus besonderen späteren Veranlassungen hervorgegangen seien, natürlich erst im zweiten Bande bei diesen Erbklassen selbst ihre Stelle finden konnten.

Was aber jenen zweiten Punkt betrifft, der offenbar nach logischer Ordnung erst bejaht werden muß, ehr von dem dritten die Rede sein kann, so sind auch dafür bereits Beweise in diesen ersten Band verwebt worden, aber dabei bleibt der Uebelstand, daß doch die Argumente, welche mir diesen noch

vielfach bezweifelten [7]) Satz entschieden zu bestätigen scheinen, erst in Verbindung mit den neuen Prätorischen ordines dargestellt werden können. Ich sehe mich also genöthigt, wenigstens Einiges hier vorauszunehmen.

Daß der Prätor jedenfalls auf die scripti heredes die erste Klasse der legitimi folgen läßt, wird von Niemand in Zweifel gezogen. Aber wie er die im ordo unde legitimi zusammengefaßten drei Klassen: den suus, den proximus agnatus und die gentiles behandelt habe, das ist die Frage. Ueber das Verhältniß der Gentilen zu den Agnaten fehlen uns erklärlicher Weise alle Quellenaussprüche. Aber wenn wir finden, daß der Prätor zwischen dem suus und den Agnaten eine successio anerkennt, so ist nicht der geringste Grund dagegen, daß er nicht das Verhältniß zwischen Agnaten und Gentilen ebenso sollte gestellt haben. In Beziehung auf die Ersteren aber sagt Gaius III. 27. ausdrücklich:

> Agnatos autem capite deminutos non secundo gradu post suos heredes vocat.

Also die capite non deminuti agnati ruft er doch, nachdem er vorher die sui berufen und diese die angebotene Frist nicht benutzt haben; mit andern Worten zwischen beiden Klassen besteht eine successio. — Man kann diesem Resultate auch nicht dadurch entfliehen, daß Gaius hier in Beziehung auf die sui nur vom ordo unde liberi rede, von dem er im §. 26. allerdings spricht. Er faßt nämlich die Berufung der liberi qui legitimo jure deficiuntur offenbar nur als eine weitere Ausdehnung der Klasse der sui auf, also hätte auch nicht in Beziehung auf die übrigen liberi angenommen werden können, was nicht schon bei den sui galt. Und wie soll man sich es überhaupt denken, daß im Prätorischen Rechte je der proximus agnatus gerufen worden wäre, wenn nicht unter den legitimi eine ordinum successio gegolten hätte? Nach der Klasse unde liberi wird immer noch einmal der suus allein als legitimus berufen (fr. 1. §. 11. de success. edicto),

7) So z. B. trägt es Danz R. G. II. S. 62 als sich von selbst verstehend vor, daß die b. p. unde legitimi die Civilintestaterben ohne ordinum successio berufen habe.

wäre also von ihm kein Uebergang auf den **proximus agnatus** gewesen, so hätte ja nie eintreten können, was Gaius so klar sagt, daß der Prätor **post suos heredes secundo gradu agnatos vocat** [8]).

Wir wissen entschieden, daß der Prätor den **suus**, den **proximus agnatus** und die **gentiles** zur **b. p.** gerufen hat, und so können wir denn auch keinen Zweifel hegen, daß bei diesen dreien die ganz allgemeine Regel des **successorium edictum** eintritt.

> **Fr. 1. §. 10. de successorio edicto. — Quibus ex Edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum . . . . . non admiserit, tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit.**

Ich glaube schon nach dieser Argumentation jenen zweiten Punkt als feststehend annehmen zu dürfen, für welchen sich aber im Verlaufe des Werks noch andere Beweise ergeben werden.

Dieselben Ursachen, welche mich zwangen, jene drei Grundelemente nicht auch äußerlich für die Anordnung der Untersuchung zu benutzen, haben auch der Darstellung selbst ihre besondere Gestalt und ihre Gränzen gegeben; und daraus läßt sich zugleich noch eine zweite Antwort auf die obige Frage, welchen Werth das Institut der **b. p.** und ihr Studium uns gewähre, entwickeln. Wenn es nämlich einestheils unsere dringende Pflicht ist, zu einer genauen Erfassung des practisch anwendbaren Rechtes, die **b. p.** in ihrer gesammten historischen Fortbildung kennen zu lernen, so bietet uns die Einsicht in die früheren Entwicklungsstufen dieses Institutes auch noch andere bedeutende Vortheile.

Die **b. p.** hat nicht allein in das ganze Römische Erbrecht wesentlich modificirend eingegriffen, sie steht auch, bei dem

---

8) So auch in einer anderen Stelle **III. 37.: Idem juris est, si intestato aliquo mortuo suus heres noluerit petere bonorum possessionem, contentus legitimo jure: nam et agnato competit quidem bonorum possessio.**

organischen Ineinandergreifen alles Rechtes, mit anderen Instituten in enger Verbindung. Verstehen wir jene, so wird auch die Kenntniß dieser dadurch gefördert werden und umgekehrt. Daher habe ich von Anfang an bei dieser Arbeit nicht bloß die Absicht gehabt, auf jeder Seite von der b. p. zu reden. Ich wollte auch andere naheliegende Punkte nicht vorbeigehen, sobald sich daraus für die genauere Erkennung des Hauptthemas etwas gewinnen ließ, und so kommt es, daß hier und dort längere oder kürzere Episoden eingeflochten worden sind, über die **pro herede usucapio**, die **hereditatis petitio**, die civilrechtlichen Testamentsformen, das **in bonis**, die **possessio**, die Interdicte.

Freilich kann der Schriftsteller dadurch leicht zu einer Auflösung des Zusammenhangs, zu einem planlosen Hin- und Herschwärmen geführt werden, und so die Vortheile einer strengen, nicht rechts noch links schauenden Argumentation aus den Händen geben. Ich weiß nicht, ob ich mich solcher Fehler habe zu Schulden kommen lassen, ich habe wenigstens gestrebt sie zu vermeiden. Gar manche Punkte, die bereits ausgearbeitet vor mir lagen, sind wiederum ausgeschlossen worden, sobald ich einsah, daß sie ohne wesentlichen Nachtheil für das Zurückbleibende sich unterdrücken ließen. Gleiches Schicksal der Unterdrückung, wird man vielleicht meinen, hätte ohne Schaden die in den §§. 39—43 enthaltene Geschichte des natürlichen Eigenthums erleiden können, und in der That war ich eine Zeit lang dazu entschlossen. Allein als ich Hand ans Werk legte, vermogte ich den Entschluß nicht aufrecht zu erhalten. Ich würde ein bedeutendes in der b. p. enthaltenes Recht nur unklar haben entwickeln können, gar manchen für die ganze b. p. aus demselben von Anderen gemachten Schlußfolgerungen würde ein Spielraum gelassen sein, den ich nicht glaubte zugestehen zu dürfen, und namentlich würde sonst, (wie aus §. 42. Note 1 erhellt), einer der Grundsteine gefehlt haben, auf dem ich überhaupt meine Ansicht über den Ursprung der **bonorum possessio** aufbauen konnte. —

Bei so vielen in die Untersuchung gezogenen Punkten konnte es nicht fehlen, daß ich gegen gar berühmte, von mir hochverehrte Namen auftreten mußte. Ich habe es unterlassen,

sie regelmäßig mit einem wohlklingenden **Epitheton ornans** aufzuführen. Bei der häufigen Nennung derselben würde mir am Ende die Abwechslung schwer geworden sein, und nicht von der Hinzufügung oder Weglassung solcher Phrasen, hängt die Entscheidung über arrogantes oder bescheidenes Auftreten eines jungen Schriftstellers ab. Es kommt auf den Ton an, in dem er controvertirt, dieser kann trotz der schönsten Redensarten ein gehässiger sein, und er kann umgekehrt trotz schmucklos erhobenen Widerspruches Hochachtung gegen große Verdienste und Dankbarkeit für empfangene Belehrungen athmen. Da mich diese Hochachtung, diese Dankbarkeit bei der Abfassung des vorliegenden Werks nie verließen, so läßt mich das hoffen, daß ich auch den rechten Ton des Widerspruches getroffen habe. — Aber dabei muß ich noch Eins bemerken.

Es ist nicht bloß das Recht, es ist umgekehrt sogar die Pflicht des Schriftstellers, nicht lediglich seine Ansichten und deren Gründe dem Publikum vorzulegen, sondern dabei auch stets den Grad seiner Ueberzeugung auszudrücken. Niebuhr hat das in einem berühmten Briefe ausgeführt und danach habe ich mich gerichtet. In der b. p. läßt sich nicht Alles mit directen Quellenzeugnissen belegen, und doch dürfen wir, was in den Quellen fehlt, nicht umgehen, wir müssen mit Vermuthungen aushelfen. Diese sind oft mehr oft minder wahrscheinlich, am meisten muß für sie natürlich sprechen, wenn das Specielle sich dadurch in ein einfaches gefügiges Ganze bringen läßt. Ich habe es mir angelegen sein lassen, nicht bloß Stellen zu interpretiren, sondern auch von der lebendigen Anwendung der b. p. bei den Römern ein anschauliches Bild mir zu construiren. Gar Mancher, der über die b. p. weiter nachgedacht hat, wird mir vielleicht Recht geben, daß bei vielerlei Punkten, selbst wenn sie in an sich klaren Stellen uns mitgetheilt werden, sich doch nicht recht denken lasse, wie sich eigentlich deren Anwendung im practischen Rechtsleben der Römer gestaltet habe. Und doch war die ganze b. p., wie wohl Jeder zugeben wird, gar nicht aus allgemeinen Theorien, sondern aus unmittelbaren Bedürfnissen der Praxis bei Regulirung der Erbschaftsangelegenheiten hervorgegangen. Man muß nie vergessen, daß der Prätor nicht Rechtssätze in seinem Edicte

aufstellt, deren Anwendung aufs Leben nun Anderen überlassen worden wäre, sondern ihm selbst steht auch im einzelnen Falle die Ertheilung der b. p. zu, und nur bei den daraus folgenden Klagen wird dann ein judex zugezogen. Daß also der Prätor die eigene Oberaufsicht über die Erbfälle, und das selbstthätige Eingreifen zu deren Regulirung nie aus den Händen giebt, dieß muß auch zum Verständniß der im Edict über seine eigene Thätigkeit proponirten Regeln von großer Bedeutung sein. — Das Bild, welches sich über dies entschwundene Leben der b. p. bei mir gestaltet hat, ist das Maaß gewesen, nach dem sich der Grad meiner Ueberzeuguug in der Erklärung gar vieler Punkte nothwendig richten mußte. Ich habe diesen selbst stets mit angedeutet, nicht etwa daß ich da wo ich vollkommen überzeugt war, nicht auch die Möglichkeit voraussetzte, daß ich irren könnte, — sondern damit der Leser aus den einzelnen Fällen, jenachdem ich sie für bloß wahrscheinlich oder für gewiß hielt, desto besser urtheilen könne, ob das allgemeine Bild selbst, welches sich hier im einzelnen Falle abspiegeln soll, das richtige sei, oder nicht.

Ich würde mit dem, was ich in dieser Einleitung vorauszuschicken hatte, hier zu Ende sein, wenn ich nicht wegen zweier Vorwürfe mich noch rechtfertigen müßte, die man mir zu machen vielleicht geneigt wäre.

Der erste scheint meine vollkommene Schuld zu enthalten. Man scheidet bei dem ganzen großen Systeme der b. p. immer gleich zuerst zwei Hauptklassen, nämlich die Successionen in das Vermögen eines Freigelassenen und eines Nicht-Manumittirten. Ich habe nun jene erste Klasse von dem Gegenstande der Darstellung ganz ausgeschlossen.

Hätte ich sie auch aus dem Kreise meiner Vorstudien verbannt, so würde ich freilich nicht zu vertheidigen sein. Aber auch die Trennung von diesem Werke wird an sich noch nicht dadurch gerechtfertigt, daß natürlich von einer practischen Anwendbarkeit nicht mehr die Rede sein könne, oder daß der Raum nicht hingereicht habe. Denn es ließe sich dabei noch immer denken, daß gerade hier der Ursprung des ganzen In-

stitutes liege, welches dann erst auf Nicht-Manumittirte übertragen worden wäre, so daß Alles, was in Beziehung auf Letztere als selbständiger Entstehungsgrund dargestellt wurde, in sich selbst zusammenfiele. Aber gerade diesen Gedanken halte ich für vollkommen unmöglich, und da er mir nicht einmal eines Gegenbeweises zu bedürfen scheint (er ist ja auch noch nirgends aufgestellt worden), so durfte ich nun allerdings um jener anderen beiden Gründe willen den ganzen Gegenstand von diesem Werke ausschließen. Wir können an allen Orten erkennen, daß die **b. p. liberti** durchaus gleichen Schritt gegangen ist mit der **b. p. ingenui**. Und wenn wir also annehmen dürfen, daß der Prätor bei der Letzteren anfangs nur eine **successio** unter den vier civilrechtlichen Erbklassen (**ex test.** — **sui** — **prox. agn.** — und **gentiles**) eingeführt habe, so versteht sich von selbst, daß er, auch wenn ein Freigelassener starb, hier die vier Klassen des **scriptus**, des **suus**, des **patronus** und der **gentiles** hintereinander gerufen haben muß [9]). Ferner als dann später der Prätor sich veranlaßt sah, die Cognaten und Ehegatten zur Erbschaft zu rufen, als er endlich den **liberi** ein der civilen testamentarischen sowie der Intestaterbfolge vorgehendes Successionsrecht (**contra tabulas** und **unde liberi b. p.**) gewährte, mußten offenbar diese Grundsätze ebensogut bei **ingenui** als bei **liberti** angewandt werden. Man kann gar

9) Diese vier Klassen finden wir ja noch in der späteren Zeit wieder, und zwar auch im Einzelnen mit denen bei der Erbschaft eines ingenuus gleichen Schritt haltend. So z. B. wird, ebenso wie der Prätor nur den proximus agnatus ruft, auch in der Klasse des Patrons nur der proximus zugelassen (Fr. 23. §. 1. de bon. libert.). Aus diesem Grunde kann das Recht der b. p. liberti uns auch für die b. p. ingenui von großer Bedeutung werden, wenn ein Punkt, der bei beiden auf durchaus gleicher Stufe steht, sich bei jener direct aus den Quellen darthun läßt, während sie ihn bei dieser zweifelhaft lassen. So ist es namentlich in Beziehung auf die oben erörterte Frage, ob der Prätor hinter den sui den prox. agnatus rufe, von entscheidender Beweiskraft, daß er auch den Patron auf den suus folgen ließ. Denn daß in fr. 38. §. 1. und fr. 42. §. 2. de bon. lib. nur von einem filius emancipatus die Rede sei, wird Niemand behaupten wollen.

nicht einmal annehmen, daß die Prätorische Thätigkeit sich zuerst nur auf die Einen concentrirt habe, und dann erst auf die Anderen angewandt sei. Die Aufstellung einer **successio**, die Berufung der Cognaten, der **liberi**, sind allgemeine vom Prätor eingeführte Principien, die gleich von Anfang an allenthalben, wo sie überhaupt Platz greifen konnten, gegolten haben werden, die also am Natürlichsten von Zeit ihrer Entstehung an sowohl auf das Vermögen der Freigelassenen als der Nicht-Manumittirten zu beziehen sind.

Außerdem enthält freilich das Prätorische Erbsystem für den Tod eines Manumittirten noch ganz besondere Erbklassen (**c. t. b. p.** des Patrons, **unde decem personae, etc.**), aber diese tragen dann auch ihre völlig singuläre Beziehung auf das Patronatsverhältniß und ihre ganz besonderen Entstehungsgründe dermaßen an der Stirn, daß sie sich vollkommen aus dem vorligenden Werke ausscheiden ließen, und nur gelegentlich zur Erwähnung kommen mußten, um die Unzulässigkeit von Schlußfolgerungen darzuthun, welche man bisweilen für die hier behandelten Lehren daraus gezogen hat. —

Ein zweiter Vorwurf, den man mir machen könnte, bezieht sich ebenfalls auf etwas, das ich mit Unrecht vernachlässigt zu haben scheine. Es ist nämlich eine lobenswerthe Sitte, der monographischen Darstellung irgend einer Lehre eine Literärgeschichte vorauszuschicken. Der Schriftsteller, welcher einen Gegenstand neu bearbeiten will, soll auf der Höhe der Literatur stehen, und er soll auch sogleich seine Leser auf denselben Standpunkt stellen, damit sie über das Verhältniß und die Leistungen des neuen Werks im Gegensatz zu den vorhergehenden sich ein Urtheil bilden können.

Indessen kann diese allgemeine Vorschrift doch auch wieder in Folge der eigenthümlichen Gestalt, welche in einer bestimmten Lehre die Literatur angenommen hat, in besonderer Weise befolgt werden müssen. Und wie es namentlich in Beziehung auf die **b. p.** zu halten sei, liegt schon in den wenigen literarischen Notizen, welche ich im Anfange dieser Einleitung gegeben habe. Die Schriftsteller der vorigen Jahrhunderte haben sich um eine Erforschung des Ursprungs und der geschichtlichen Fortbildung der **b. p.** wenig gekümmert, und

doch ist dies hier gerade so vorzüglich nöthig, wenn man zu dem Justinianischen Endresultat durchdringen will. Daher kommt es, daß sie nicht als ein großes, bestimmten Principien unterworfenes, und genau in einander greifendes Ganzes aufgefaßt wurde, sondern daß man sie als ein Compositum verschiedener, einzelner, unzusammenhängender Rechtssätze behandelte, deren dürftige Erörterung auch meist nur aus einem gewissen Instincte des Antiquirtseins gerechtfertigt wurde.

Daher kommt es, daß indem wir uns jetzt das entschwundene Leben des gesammten Instituts anschaulich machen, und so zu einer bewußten Aufstellung des davon noch vorhandenen Residuums vorschreiten wollen, uns dazu jene Schriftsteller nur soweit von Bedeutung sein können, als sie etwa einzelne gute Bemerkungen und Quelleninterpretationen enthalten. Dazu bedarf es aber nicht der Voraussendung ihrer Gesammtansichten über die b. p., oder vielmehr, da sich dergleichen gar nicht eigentlich findet, so brauchen wir nicht in Voraus alle die einzelnen Bemerkungen eines jeden Schriftstellers über die b. p. dogmengeschichtlich zu sammeln, aus denen dieser sich nicht einmal selbst ein anschauliches Bild des Ganzen construirt hat.

Erst seitdem man angefangen hat (und es ist kein langer Zeitraum) die b. p. als ein System aufzufassen und aus gewissen leitenden Principien zu erklären, — erst von dieser Zeit an ist es von Wichtigkeit, die verschiedenen aufgestellten Grundansichten gleich im Anfange vorauszuschicken, damit die Eigenthümlichkeiten und die Uebereinstimmungen des in diesem Werke verfolgten Weges mit den früher eingeschlagenen sogleich ins Auge leuchten. Alsdann läßt sich um so leichter im Verlauf der eigenen Darstellung am passenden Orte die Widerlegung der entgegengesetzten Ansichten einflechten.

Ich will hiermit keineswegs etwas Aehnliches behaupten, als was Fabricius[10]) meint, der überhaupt auch die Kenntniß der unserem Jahrhundert vorausgehenden Schriftsteller für erläßlich zu halten scheint. Es handelt sich hier bloß darum,

10) Ursprung und Entwicklung der bon. poss. (1837) Vorrede S. XI. — Mit Recht ist er hierüber von Huschke (Richtersche Jahrbücher. 1839. S. 2.) getadelt werden.

ob es passend sei, eine umfassende dogmengeschichtliche Einleitung meiner Schrift vorauszuschicken. Das habe ich verneint. Aber daneben ist eine andere Bedeutung der früheren Literatur wohl im Auge zu behalten. Nachdem ich nämlich entwickelt haben werde, in welcher Gestalt Justinian die b. p. als practisches Recht recipirte, liegt die weitere Frage ob, wie unsere deutsche Reception sich zu diesem Justinianischen Rechte verhalte? Ob nicht etwa unsere Praxis eine bewußte und wohlbegründete Veränderung mit den Justinianischen Bestimmungen vorgenommen habe? — Offenbar ist dies das letzte Stadium, welches wir zu durchlaufen haben, um zu sicheren Endresultaten zu gelangen, indem nur diejenigen Justinianischen Bestimmungen, welche als solche recipirt wurden, dann aber auch bisher irrthümlich aufgefaßt sein konnten, — auf heutige Anwendung Anspruch haben. — Die Träger aber und die Erkenntnißquelle der Reception sind eben die Schriftsteller aller Jahrhunderte, in denen das Römische Recht bei uns bestanden hat. — Daher rechtfertigt es sich, daß ich die Ansichten dieser Schriftsteller über die practische Anwendbarkeit der in der Justinianischen Compilation enthaltenen Rechtes erst am Ende des ganzen Werkes zusammenstellen werde, während ich hier im Anfange nur eine Uebersicht der Ansichten vorauszuschicken habe, welche zur Erklärung der ursprünglichen Gestalt und des von den Römischen klassischen Juristen anerkannten Begriffes der b. p. aufgestellt worden sind. Manche davon werden an dem geeigneten Platze (und auch nicht einmal alle bereits in diesem Bande) eine besondere Gegendeduction hervorrufen; anderen glaubte ich bloß die Ausführung meiner eigenen Ansicht entgegenhalten zu brauchen, indem darin auch die Gründe enthalten sind, welche jenen zu widersprechen scheinen.

Wir eröffnen die Reihe[11]) mit Hugo. Derselbe geht in der fünften Auflage seiner Rechtsgeschichte (1815) §. 201. da-

11) Was in früherer Zeit z. B. von Koch als Einführungsgrund der b. p. angegeben ist, (s. unten S. 80.) oder was Heineccius darüber

von aus, daß bei der großen Beschränktheit des alten Civilerbrechtes ein mit den veränderten Verhältnissen fortgegangenes Eintreten in das Vermögen eines Verstorbenen nöthig geworden sei. Für diese Fälle nun, wo der civilrechtliche Erbe nicht vorhanden gewesen, habe der Prätor damit nicht die Creditoren durch die verhaßte missio in possessionem (§. 8. J. de b. p. „ne actiones creditorum differrentur . . . et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendae bonorum possessioni certum tempus praefinivit,") oder jeder unbefugte Dritte durch Besitzergreifung zum Vermögen gelangten, — Andere vom Civilrecht nicht berücksichtigte Personen zur Erbschaft gerufen. Es sei dies geschehen, indem er den mit dem Erblasser näher verbundenen Personen mittelst des Int. quor. bon. die factische Besitzeseinweisung ertheilt habe. Um dieses und anderer Vortheile willen sei denn auch in anderen Fällen, wo von keinem Concurse die Rede war, eine solche Besitzesertheilung (bon. poss.) gebräuchlich geworden, und habe sich durch besondere Veranlassungsgründe zu einer von der hereditas ganz verschiedenen Lehre ausgedehnt. —

v. Löhr[12]) nimmt im Allgemeinen diese Hugo'sche Ansicht an, findet sie aber nicht für genügend, um sowohl die eigenthümliche Form der b. p., als den Umstand zu erklären, daß sie auch alle civilrechtlichen Klassen umfaßt habe. Während nach Hugo die b. p.: **supplendi juris civilis gratia** eingeführt wäre, stellt daher von Löhr zur Vervollständigung dieser Ansicht noch ein früheres, **adjuvandi juris civ. gr.** proponirtes Stadium des Institutes auf. Der Prätor habe anfangs gar nicht an ein neues Successionssystem, sondern an eine sehr natürliche Begünstigung des **heres** gedacht. Dieser

---

gefabelt hat, bedarf hier ebensowenig der Erwähnung, als was in der Glosse (zum Titel de bon. poss. im Anfange) einem solchen ähnlich sieht.

12) In seinem und Grolmanns Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Bd. III. (1820). S. 253 ff. — Archiv f. d. civ. Praxis. XII. (1829). S. 85 ff — Löhr's Magazin IV. Heft 4. (1844). S. 401 ff.

habe nach Civilrecht gar kein Rechtsmittel gehabt, um den schleunigen Besitz des Vermögens zu erlangen, und namentlich sei doch dies ihm so wichtig gewesen, seitdem jeder unbefugte Dritte durch einjährigen Besitz der Erbschaftssachen diese zu seinem Eigenthum machen konnte (pro herede usucapio). Dem habe nun der Prätor durch das oft gebrauchte Mittel der missio in possessionem abgeholfen, zu deren Schutze das Int. quor. bon. eingeführt worden sei. Hieran knüpfte es sich erst später an, daß er in Ermangelung eines heres, nun auch die dem Erblasser nahe verbundenen vom Civilrecht nicht berücksichtigten Personen (Cognaten, Ehegatten) in bona immittirte; ursprünglich nur causa cognita pro tribunali. Dann aber, nach Bildung eines festen Gewohnheitsrechts nahm er auch über diese non heredes feste Regeln ins Edict auf, und so mußte sich denn auch für diese aus der jedenfalls ihnen zugestandenen pro herede usucapio, nach und nach eine wahre per universitatem successio entwickeln. Zuletzt kamen dann noch corrigendi jur. civ. gratia einige Klassen (contra tab., unde liberi, und aus einigen vitiösen Testamenten) hinzu. —

v. Savigny, welcher gegen den Gedanken aufgetreten ist, daß bei den Römern das Int. quor. bon. wie alle Interdicte, ein schleunigeres Verfahren gebildet habe, mußte auch die von Löhr schon benutzten Elemente ganz in anderer Weise zur Erklärung der b. p. zusammensetzen[13]). Auch er knüpft an das Int. quor. bon. und die pro herede usucapio an, aber unter der Grundvoraussetzung, daß der Prätor nicht zum Schutz der heredes, sondern um gewisser dem Erblasser nahe verbundener Personen willen, welche das Civilrecht nicht zur Erbschaft rief, seine Thätigkeit begonnen habe, (also supplendi und corrigendi jur. civ. gratia). Es sei ihm darauf angekommen, diesen Personen (z. B. den Emancipirten, den Cognaten) gleiche Vortheile mit den Erben zu verschaffen. Aber der Prätor habe nur schrittweise zu diesem Endziele vorschreiten können. Anfangs habe die practisch gleiche Behandlung

---

13) Zeitschr. f. gesch. R. W. V. (1825). S. 14 ff.

darin gelegen, daß er sowohl die **Obligationen** (Forderungen und Schulden) als das **Eigenthum** des Erblassers dem neu Gerufenen zu Theil werden ließ. Erstere mittelst der **fictitiae actiones** (Ulpian tit. XXVIII. §. 12. Gaius IV. 34.); letzteres dagegen ließ er ihnen mittelst des damals geltenden Rechtes der pro herede usucapio zukommen, und nur für den Fall, daß Andere schon den Besitz dieser Eigenthumsgegenstände ergriffen hatten, mußte noch ein eigenes Rechtsmittel, das Int. (adipiscendae possessionis) **quorum bonorum** aufgestellt werden, weil sonst jene begünstigten Personen, denen weder eine Vindication[14]) noch eine hered. pet. zustand, hier völlig klaglos gewesen wären. Indem also Anfangs der Prätor nur Mittel darbot, um den bonor. possessor zum Anfange der pro herede usucapio zu verhelfen, änderte sich dieses wesentlich, als später das Recht des natürlichen Eigenthums (in bonis) aufkam, welches man sehr natürlicher Weise auch dem bonorum possessor einräumte. Jetzt genoß derselbe auch schon vor der Usucapion die meisten practischen Vortheile des Eigenthums, und daher konnte man sich mehr und mehr daran gewöhnen, die b. p. als ein der hereditas gleichartiges Recht anzusehen, und auch die Erbschaftsklage analogisch, als possessoria hered. pet., dem bon. possessor (etwa seit Mark Aurel) zugestehen. Seitdem waren das Int. quor. bon. und die poss. her. pet. an sich völlig gleichbedeutend, und bestanden nur noch wegen der Verschiedenheiten des Interdicten- und Actionenprocesses neben einander fort. Im Justinianischen Recht ist aber auch dieser Unterschied verschwunden. —

Während die bisher dargestellten Ansichten, bei aller inneren Verschiedenheit, doch gewisse gemeinsame Elemente zur Er-

---

14) Ich habe mich lange gewundert, daß hiergegen ein sehr nahe liegender Grund noch nicht bemerkt worden sei, welcher der angegebenen Erklärung des Int. quor. bon. seine Stütze raubt. Gaius sagt es nämlich a. a. O. ausdrücklich, daß auch die **Vindicationen** dem b. possessor als fictitiae zustanden. Endlich habe ich dies zufällig noch auf dem **Umschlage** des Arch. f. die civ. Pr. XII. Heft 1. von Löhr angedeutet gefunden.

klärung der b. p. benutzen, geht Niebuhr von durchaus anderen Principien aus. (Röm. Gesch. II. zweite Ausgabe (1830.) S. 173 ff. III. S. 37.) Seine Ansicht ist eine unwahrscheinlichere Fortentwicklung der wahrscheinlicheren Entstehungsgeschichte der possessio aus dem Rechtsverhältnisse am ager publicus. Die hereditas habe objectiv nur das Eigenthum umfaßt, dagegen das Staatseigenthum und der Besitz daran habe nach dem Tode des Inhabers von der Obrigkeit erbeten werden müssen. Diese konnte es freilich dem civilrechtlichen Erben verleihen, war aber auch nicht streng daran gebunden. So bildete sich nach und nach ein Gewohnheitsrecht über die Forterbung des ager publicus, welches bei der großen Bedeutung desselben nur bei wenigen Verlassenschaften nicht zur Anwendung kommen konnte. Daß die b. p. im Rechte der Kaiserzeit eine ganz andere Gestalt und Wesen angenommen habe, sei eine dem Rechte der Römer und neuerer Völker gar nicht ungewöhnliche Veränderung.

Die Wahrscheinlichkeit dieser Hypothese, welche also auf eine Verschiedenheit der vererbten Gegenstände gebaut ist, wird ganz abgesehen von anderen dagegen vorgebrachten Gründen stets daran scheitern, daß alle Data, welche wir überhaupt von der b. p. besitzen, gerade darauf hinausgehen, daß die b. p. eben dieselben Gegenstände umfaßt, welche in der hereditas enthalten sind. **Bonorum possessio** und **hereditatis possessio** ist ein und dasselbe. —

Hugo hat in späterer Zeit seine obige Ansicht in soweit aufgegeben, als er freilich die b. p. noch immer ein „mit dem Verfahren bei Zahlungsunfähigkeit in Verbindung stehendes“ Institut nennt [R. G. 11te Aufl. (1832) S. 551. S. 24], aber darin doch nicht mehr den eigentlichen oder alleinigen Entstehungsgrund des Ganzen findet, indem er S. 238 Z. 9 u. ff. sagt: „Bei Peregrinen mußte aber doch wohl, wenn sie überhaupt Vermögen hatten, mit von einer Succession in dasselbe die Rede sein, und vielleicht war dies auch ein Keim zu der freilich erst späterhin in das Prätorische Recht aufgenommenen, von der hereditas verschiedenen bonorum possessio.“ Hugo kehrt hiermit zu einer schon älteren Ansicht [15])

15) Bereits von Löhr (Magazin III. 250) sagt darüber: daß einzelne

zurück, sie hängt aber bei ihm noch im Besonderen mit der Erklärung der Edictsworte über die sec. tab. b. p. zusammen, worin ausdrücklich auf die leges der verschiedenen civitates Rücksicht genommen sein soll. (S. 589 Anmerkung 2.). Wenn wir dies später widerlegen zu können glauben, (s. unten §. 27. Note 1 u. 5.), so ist hier nur zu bemerken, wie es freilich nicht zweifelhaft sein kann, daß die Römer auch eine Succession in das Vermögen eines Peregrinen anerkannt haben werden, wobei meist der Proconsul nach den in der Provinz gewohnheitsrechtlich oder gesetzlich anerkannten Erbklassen die Erbschaft regulirt haben mag [16]. Ebenso ist es auch durchaus natürlich, daß sie diese Erbschaftsregulirung in die juristische Form der bon. oder hereditatis possessio kleideten [17], weil sie nach ihrer freieren Natur und der durch sie dem Statthalter reservirten Oberaufsicht über die Erbschaftsangelegenheiten mit wenigen die Erbklassen betreffenden Veränderungen vollkommen für die Provinzen paßte. Allein ein Anderes ist es, ob nun auch dieser Begriff von den Peregrinen ausgegangen sei? Es kommt hier auf die strenge Durchforschung der ganzen b. p. an, ob sich darin irgend Spuren fremden Rechtes finden, oder ob sich nicht vielmehr Alles als eine eng ans eigentliche Civilrecht angeknüpfte Rechtsfortbildung darstelle. Nach meiner ganzen folgenden Darstellung muß, glaube ich, das Letztere angenommen werden. Nicht einmal bei Hinzuziehung der den Römern von jeher bekannten Cognatenfamilie dürfen wir einen Impuls von Außen annehmen [18]. —

Grundsätze der b. p. mit Rücksicht auf das bei anderen Völkern Gewöhnliche entstanden wären, sei sehr wahrscheinlich, daß aber das ganze Institut sich auf das jus gentium gründe, scheine ihm in das Reich der Unmöglichkeiten verwiesen werden zu müssen.

16) Cicero (ad Att. VI. 1. §. 12.) sagt, er habe bei der Abfassung seines edictum provinciale vielfach des Scaevola Asiatisches Edict befolgt und namentlich darin, ut Graeci inter se disceptent suis legibus.

17) Cicero erwähnt a. a. O. gerade diese ausdrücklich.

18) So beschreibt auch Cicero die b. p. als ein vorzüglich für Rom berechnetes Institut, das von da erst auf die Provinzen übertragen wurde; und er widerspricht ganz ausdrücklich, daß ihr besondere pro-

Es folgt eine Ansicht, welche, nachdem sie schon früher von anderen Schriftstellern angedeutet worden war, dann aber von **Fabricius** (1837) in der oben citirten Schrift ausgeführt ist, sich eines ganz besonderen Beifalls zu erfreuen gehabt hat. Da sie bereits in diesem Bande §. 24. ausführlich besprochen werden wird, so bedarf es hier nur der kurzen Bemerkung, daß danach anfangs die **h. p.** einen rein processualischen Charakter gehabt haben soll. Es war Sitte bei Eigenthumsprocessen, daß man noch ein Vorverfahren vornahm (**vindiciae**), wodurch die eine Partei als Besitzer für den Lauf des Rechtsstreites eigends constituirt wurde, indem sie versprach im Fall des Unterliegens den Streitgegenstand nebst den einstweilen gezogenen Früchten herauszugeben. Entschieden kam dies bei Singular-Vindicationen wie bei der **her. pet.** vor. Nur mit dem Unterschiede, meint Fabricius, daß bei jenen man den zum **possessor** im Proceß constituirt habe, welcher bisher schon ohne **vitium** besessen hatte, — während bei der **her. pet.** ein solcher Grundsatz höchst unthunlich und es weit vernünftiger gewesen sei, den zum **possessor** zu constituiren, welcher nach der ersten oberflächlichen Beurtheilung das beste Recht für sich zu haben schien. Also wer ein äußerlich fehlerfreies Testament vorweisen konnte, oder in dessen Ermangelung der nach Intestaterbrecht zur Succession Berechtigte.

In dieser ältesten Gestalt, wie sie sich aus einer Stelle des **Cicero** beweisen soll, war also die **h. p.** rein **adjuvandi jur. civ. gratia.** Aber ebenfalls schon zu **Ciceros** Zeit soll sie einen weiteren Schritt gethan haben[19]), indem der

---

vincielle Interessen zum Grunde lägen. S. die unten S. 123 und 124 abgedruckte Stelle am Ende.

19) Wie dieses **Nebeneinanderbestehen** der ältesten Gestalt und der weiteren Ausbildung aufzufassen sei, ist freilich schon von vorn herein schwer zu verstehen. Fabricius geht ohne alle weitere Erklärung darüber hinweg. Denn daß Fälle vorkommen konnten, wo (in Folge der **formula petitoria**) ein Erbschaftsproceß ohne die Vindicien durchgeführt wurde (S. 58 u. 59), ist doch wahrlich noch kein Grund, daß nun auch die Vindicien (oder eben die **b. p.**) ohne Erbschaftsproceß hätten ertheilt werden können. Sehr sonderbar nehmen sich folgende beide Sätze nebeneinander gedruckt aus:

Prätor in den Fällen, wo kein Civilerbe vorhanden war, auch den Cognaten und Ehegatten den Besitz der Erbschaft versprochen habe (**supplendi jur. civ. gr.**). Natürlich konnte dies nicht mehr den Charakter einer Vindicienertheilung haben, und das soll nun auch auf die Civilerben zurückgewirkt haben, indem diese jetzt ebenfalls, ohne auf die Anstellung eines Processes zu warten, die b. p. in gewissen im **successorium edictum** enthaltenen Fristen agnosciren konnten. Endlich aber soll dies Institut von Augustus noch **corrigendi jur. civ. gratia** zur Herzurufung der **emancipati** benutzt worden sein, und Danz (R. G. II. S. 49) findet es keinen Widerspruch mit dem urspünglich processualischen Charakter, wenn er auch dies bereits in Cicero's Zeit zurückversetzt. —

Zwei mehr den Worten, als der Sache nach neue Ansichten, beide im Jahre 1838 aufgestellt, sind hier nur kurz zu erwähnen. Christiansen (Wissenschaft der Röm. R. G. I. S. 418.) stützt sich auf die engen Gränzen des alten Civilrechts, welches weder eine **graduum successio**, noch manche Personen (**emancipati, in adoptionen dati**, Agnatinnen über den zweiten Grad hinaus, und Cognaten) überhaupt zur Erb-

---

S. 32. „Bisher, so lange es schon Prätorisches Recht gegeben habe, — lehrt Cicero — sei es Gebrauch gewesen zu edictren, daß zuvörderst demjenigen, welcher in einem der äußeren Form nach gültigen Testamente sich instituirt finde, die Vindicien ertheilt werden sollten" rc. — und:

S. 59. „aber ebenso mußte es jetzt (d. h zu Ciceros Zeit) auch den Civilerben, ebenso wie den Cognaten und dem überlebenden Ehegatten gestattet werden, in allen den Fällen, wo Niemand ihnen die hereditas streitig machte, also gar keine her. pet bevorstand, die b. p. vom Prätor zu erbitten, die alsdann also weder litis ordinandae gratia ertheilt ward, noch den Bittenden zur Sicherheitsleistung verpflichtete."

Fabricius scheint sich das Verhältniß so zu denken: da, wo noch einmal ein Erbschaftsproceß kommen wird, (das weiß man ja aber nicht vorher!), wartete man mit Ertheilung der b. p. bis zur Anstellung der her. pet. (und das war zu Cicero's Zeit das „Hauptsächliche." S. 30.), dagegen wo nie ein Erbschaftsproceß sich ereignen wird, da ertheilte man die b. p. gleich von Anfang an. — Ich gestehe, daß ich mir dies nicht klar denken kann.

schaft zuließ. Die Volksgesetzgebung machte keine Anstalt zur Erweiterung des Rechtes, weil „überhaupt der Puls des Erbrechtes in der Geschichte aller Völker am langsamsten geht." Außerdem seien diese Härten wenig zu Tage gekommen, da von Alters her fast nie ein Römer starb, ohne ein Testament gemacht zu haben, und darin „die Differenzen ausglich, in welchen die Billigkeit vergebens ihr Recht suchte."

Was das Volk über die vom Civilrecht ausgeschlossenen Personen dachte, erkannte der Prätor aus den Testamenten, und so gewährte er ihnen ein, freilich dem civilrechtlichen nachstehendes, Erbrecht, indem er ihnen den Besitz der Verlassenschaft übertrug, und durch das allgemeine Interdict: „ne vis fiat ei" gegen den praedo schützte. Dasselbe, oder ein ähnliches Interdict pflegte sich auch der civile Erbe zu erwerben, und so wurde der Prätor veranlaßt, unter bestimmten Terminen eine Reihefolge aller Civilerben und der nicht Erben, die er für besser als praedones hielt, aufzustellen, nach welcher er das Int. „quor. bon." ertheilen würde, d. h. welche Personen welchen Personen in der Besitznahme weichen müßten[20]).

v. Tigerström (Innere Rechtsgeschichte S. 662) sagt noch weniger Neues. Der Prätor habe allenthalben das auf ursprüngliche Gewohnheit basirte Civilrecht nach der Billigkeit gemildert. Aber das Eigenthümliche dabei sei, daß er bei seiner so durchgreifenden Aenderung nicht das Recht der Civilerben beschränkt, demnach das Civilrecht nicht aufhebt, vielmehr es nur der Willkühr des Einzelnen überläßt, von einem billigeren Rechte Gebrauch zu machen, weßhalb nur bei fehlenden Civilerben jene vom Prätor aufgestellten Grundsätze jedenfalls entscheidend sein können. Schon im Ausdrucke bon. poss. liege im Gegensatz zur hereditas der Begriff des milderen Rechtes. —

Einen bei weitem tieferen Blick in das Wesen der bon. possessio thut Huschke, welcher in der Recension der Fabricius'schen Schrift (Richtersche Jahrb. 1839. H. 1. S. 11.)

---

20) Es ist dies offenbar eine Combination der Ansichten von Löhr und Savigny.

auch in der Kürze seine eigene Ansicht entwickelt. Er knüpft wieder an die **pro herede usucapio** an, und erklärt sie aus dem früher schon in anderer Weise von ihm benutzten, dem Römischen Recht eigenthümlichen Gegensatze des Innerlichen oder Rechtlichen und des Aeußerlichen oder Faktischen.

Jenes war die **hereditas**, dieses, den Besitz und Genuß des Vermögens gewährend, die **pro herede usucapio**. Ebenso aber wie der Eigenthümer meist auch Besitzer ist, so war auch im Erbrecht gewiß in der Regel das Innerliche mit dem Aeußerlichen verbunden, d. h. der **heres** ergriff den Besitz des Nachlasses. Aber wo dieser nicht wollte oder konnte, nahm ein Nicht-**heres**, eine dem Verstorbenen nahe stehende Person, das Vermögen als **pro herede** Usucapient in Besitz, seines eigenen Gewissens wegen, um die auf der **familia defuncti** haftenden **sacra** oder dessen ökonomische Ehre den Gläubigern gegenüber zu vertreten[21]). Später aber, als Gewinnsucht sich über Religion und Ehrenhaftigkeit zu erheben anfing (etwa seit der **lex Licinia de modo agri 388.**) sei diese **pro herede usucapio** eine völlig **improba** geworden, die man nur zum Vorwande nahm, sich zu bereichern, und aus der eine völlige Zersplitterung der **bona** hervorgegangen sei. Dem Prätor habe habe es obgelegen, dieselbe auf bessere Principien zurückzuführen, namentlich die einheitliche Natur der **bona** festzuhalten, diese **bona** nur dem Würdigsten zukommen zu lassen, und im Fall dieser verhindert würde, dem nächst würdigen Competenten die **pro herede usucapio** zuzutheilen (**successorium edictum**). Dies sei gerade die ursprüngliche Gestalt der **b. p.**, indem der Prätor nach diesen Grundsätzen die Besitzergreifung der Güter, statt daß sie bisher Jeder selbst vornehmen mußte, um **pro herede** zu usucapiren, jetzt durch seine Hülfe (**Int. quor. bon.**) unterstützte, und so nur den von ihm auserwählten Personen die **pro her. us.** zu Theil werden ließ. —

---

21) Den Grund, aus dem Gaius die Einführung der **pro herede usucapio** motivirt (s. unten S. 20), will Huschke nicht eigentlich gelten lassen. Aber ich kann nicht einsehen, wie sich der nun von Huschke angegebene (S. 12 Note *) davon unterscheiden soll.

Wieder in anderer Weise, aber mit weit mehr Willkührlichkeiten, leitet ganz neuerdings Bachoven (über die **lex Voconia**. 1843. S. 66 ff.) die **b. p.** aus der **pro herede usucapio** ab. Es gehe letztere als **hereditatis possessio** durchaus parallel mit der gewöhnlichen **possessio** einer bestimmten Sache. Wenn auch jedem Besitzer einer Erbschaftssache die **usucapio** zustand, so war sie doch zunächst nur auf den berechnet, der nach Civilrecht einen unbestreitbaren Anspruch auf die Succession hatte, diesen aber durch rechtsgültige Antretung aus irgend einem Grunde zu erwerben verhindert war; z. B. **Infantes**[22]). Für solche Fälle habe der Prätor keinen Anstand nehmen können, dem, welcher ihm seine Ansprüche auf die civile Erbfolge darthat, zum Besitz der Erbschaftsstücke zu verhelfen, und zwar mußte anfangs diese Hülfe wohl für jeden einzelnen Gegenstand nachgesucht werden[23]). Dann habe

---

22) Diesen Punkt giebt auch schon Huschke an, aber weit richtiger, indem er den wahren von Gaius angeführten Entstehungsgrund der pro her. us. darüber nicht vergißt

23) Ich muß wenigstens hier, da ich in meiner eigenen Ausführung auf diese Bachovensche Ansicht nicht mehr habe Rücksicht nehmen können, kurz bemerken, wie mir dieser singuläre Anfangspunkt der b. p. höchst unwahrscheinlich (denn von Quellenbelegen ist hier nicht die Rede) vorkommt. In dieser älteren Zeit wird an infantes meist die Erbschaft nur deferirt sein, wenn sie sui waren, dann aber konnte der Tutor gleich die her. pet. anstellen. Und sollte das nicht einfacher gewesen sein, als um jede einzelne Sache die Prätorische Hülfe anrufen? — Der Fälle waren überhaupt in älterer Zeit so wenige, wo Jemandem Erbrecht deferirt wird, und er es nicht acquiriren kann, daß unmöglich daraus die Entstehung der pro her. us. (hier steht ja überdem Gaius entgegen) und der bon. poss. abgeleitet werden kann, wenn sich auch für solche Fälle in diesen Instituten eine Aushülfe findet. Wer wird meinen, daß die ganze sec. tab. b. p. aus der Absicht hervorgegangen sei, dem bedingt Eingesetzten zur Erbschaft zu verhelfen?

Viel wahrscheinlicher wird die Bachovensche Ansicht, wenn man diesen singulären Anfangspunkt ganz wegläßt, und nur meint, der Prätor habe den heredes ein Recht auf den Besitz gewähren wollen. Dann aber fällt sie wieder mit der Löhr'schen Ansicht zusammen, denn auch dieser muß, wenn er es gleich nicht ausspricht, nothwendig bereits von Anfang an ein successor. edictum für die civilrechtli-

der Prätor allgemeine Regeln über die Besitzesertheilung aufgestellt, so daß also die b. p. Nichts als das durch den Prätor (mittelst des Int. quor. bon.) geschützte Recht auf Besitz sei; nur der Erwerb, nicht aber die Natur dieses Besitzes sei dadurch verändert. Natürlich habe dies Recht auf Besitz nur erlangen können, wer dem Prätor sein freilich nicht nächstes Civilerbrecht, wenn auch bloß durch raschere Bescheinigungen darzuthun vermogte, und darauf beruhe das successorium edictum, indem der Prätor die civilrechtlichen Klassen hintereinander herrufe, der Frühere durch den Späteren seines Rechtes nicht beraubt werden könne (b. p. sine re), wohl aber dieser Spätere noch immer dem praedo in der Berechtigung zur pro herede usucapio vorgehen solle.

Nur soweit reiche die reine Thätigkeit des Prätors. „Ein besonderes, eigenes, freies Erbrecht (wie an die Cognaten, Emancipirten), aufzustellen, habe einem einzelnen Magistrat nie zustehen können, es dürfe dies nur aus der Praxis des Centumviralgerichtes, welches über Erbschaftsstreitigkeiten zu entscheiden hatte, abgeleitet werden, zu der der Prätor allenfalls die äußere Veranlassung geben konnte. Alle und jede rein Prätorische b. p. aber sei nur zur Erleichterung des Besitzerwerbes für den heres aufgestellt. —

Ich glaube, daß namentlich diese letztere auf höchst kühne Combinationen gebaute Ansicht ebensowenig Beifall finden wird, als die von Fabricius aufgestellte, daß die c. t. und unde liberi nur von August eingeführt sein könne. Sie wird sich, wie ich hoffe, einfach durch die spätere Darstellung meiner eigenen Ansicht über die Entstehung jener Prätorischen Erbklassen widerlegen lassen. Nur ein Punkt ist hier hervorzuheben, der in dieser Bachovenschen Ansicht verborgen liegt, und mir vollkommen richtig zu sein scheint. Er ist um so mehr hervorzuheben, als er bisher so vielfach übersehen ist. Bachoven nimmt offenbar an, daß, wenn man die ursprüngliche Gestalt der b. p. rein an das Interd. quor. bon. anknüpft, also sie

chen ordines annehmen, sobald überhaupt das behauptete beneficium realisirbar sein sollte.

sich (sei es in welcher eigenthümlichen Gestalt es wolle) als eine Besitzeseinweisung denkt, — daraus sich ohne ganz besondere äußere Einwirkungen nie der Begriff eines wahren Erbrechtes, einer Universalsuccession, was doch die b. p. unseren Quellen nach entschieden bereits unter der Hand des Prätors geworden ist, entwickeln lasse. Eine Besitzeseinweisung auf die überhaupt des Besitzes fähigen Gegenstände, ist gerade das, wofür man nach Labeos ausdrücklicher Warnung (fr. 3. §. 1. de bon. poss.) die bonorum possessio nicht halten soll (non uti rerum possessio accipienda est; denique et si nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem agnitam Labeo ait). Unmöglich kann sich doch so ohne Weiteres der Begriff in den entgegengesetzten umgeschlagen haben. Deßhalb, schließt nun Bachoven, könnte der Begriff eines wahren Erbrechts gar nicht direct vom Prätor ausgegangen sein. Umgekehrt: da der sicherlich vom Prätor eingeführte Begriff der Universalsuccession das ist, was wir in unseren Quellen finden, und da wir nach dem Ursprunge desselben suchen, so dürfen wir diesen eben nicht aus Etwas ableiten wollen, was durch eine weite Kluft von dem Begriffe der b. p. getrennt ist, über die wir durch allmähliches Anwachsen und Anspülen nie sich einen Uebergang werden bilden sehen. Mit anderen Worten, wir müssen die Entstehung der b. p. auf einem ganz anderen Punkte suchen, als beim Interd. quor. bon., und der dadurch beförderten Ergreifung der körperlichen, des Besitzes fähigen Erbschaftsgegenstände. Wir dürfen ferner nicht den Umfang der in der b. p. enthaltenen Rechte aus dem Falle, wo sie einem heres verliehen wird, ableiten, denn sonst freilich würden wir immer wieder lediglich aufs Int. quor. bon. zurückgetrieben werden, wie dies sowohl die Quellenaussprüche (Gai. III. 34) als die Natur der Sache mit sich bringen. Denn einem heres braucht das Erbrecht, die Universalsuccession, nicht erst vom Prätor ertheilt zu werden. Wäre also die b. p. anfangs nur dem heres verliehen, so könnte sie allerdings nicht den Begriff der Universalsuccession enthalten. Aber sie ist auch von jeher noch Anderen als dem heres zugekommen, und offenbar nur in diesen Fällen können wir ihren vollen selbständigen Begriff

erkennen, von dem bei einer Verleihung an den heres nur noch das erkennbar ist, was über den Umfang des Civilerbrechtes hinausliegt. —

Wie sich aus diesen Elementen meine Ansicht über Entstehung der b. p. entwickle, das wird nun gleich aus dem zunächst folgenden Kapitel zu ersehen sein.

Erstes Buch.

Ursprung und Begriff

der

bonorum possessio.

Erstes Kapitel.

Entstehung der bonorum possessio.

I. Die Anknüpfungspunkte des älteren Civilrechts.

§. 1. In dem Rechte der 12 Tafeln finden sich nur zwei Successionsarten, die testamentarische und die Intestatsuccession. Sie standen zu einander in dem Verhältniß, daß die vom Gesetz angeordnete Erbfolge (**legitima hereditas**) durchaus als **jus non publicum** galt, also durch eine testamentarische Disposition ohne alle Beschränkung abgeändert werden durfte [1]), sobald nur daraus nicht ein Zusammentreffen beider Successionsarten in einem und demselben Falle hervorging [2]). Von einem Rechte der nächsten Intestaterben, gegen ein sie nicht berücksichtigendes Testament aufzutreten, ist in dieser ältesten Zeit noch keine Spur zu finden, wohl aber bestand für die **sui heredes** umgekehrt ein Zwang, daß sie von der ihnen ohne Antretungshandlung zugefallenen Erbschaft sich auf keine Weise wieder befreien konnten, mogte die Delation aus einem Testamente oder **ab intestato** geschehen sein.

Diese beiden Punkte, daß dem **suus heres ipso jure** die Erbschaft anfällt, und er gezwungen ist sie zu behalten, hän-

---

1) „uti pater legassit — ita jus esto.“ —

2) „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.“

gen, wenn sie auch durchaus nicht in Eins zusammentreffen [3]), doch genau mit einander zusammen, und lassen sich aus einem und demselben Principe erklären. Es ist das Charakteristische des älteren Rechtes, daß die Familienverhältnisse wie Eigenthumsrechte aufgefaßt werden. Man nahm **potestas** und **dominium** für gleichbedeutend, im Sinne von der höchsten, der vollkommenen privatrechtlichen Macht, welche man über irgend etwas erlangen kann [4]). Es ist von großer Bedeutung diesen Begriff genau von dem einer Sache zu trennen. Es giebt Sachen, die gar nicht im **dominium** einer Person stehen können, während freilich bei den meisten uns umgebenden Gegenständen die Begriffe von Sache und vom Stehen im Eigenthum zusammenfallen. Umgekehrt unterscheiden die Römer auch unter den Menschen diejenigen, welche absolut Sachen sind (**servi**), von denen, die als Subjecte von Rechtsverhältnissen erscheinen; Beide, **servitus** und **libertas**, sind ganz unabhängig vom Begriffe einer **potestas**, in der etwa der **servus** oder der Freie steht; sobald aber eine solche vorhanden ist, so bleibt es ein und derselbe Begriff, mag ein Sklav oder ein an sich freier Mensch ihr unterworfen sein. Das zeigt sich im **jus vitae et necis**, im Vindicationsrechte, im Verkaufsrechte, in der Usucapion der Ehefrau, und in der Vermögenslosigkeit aller einer **potestas** unterworfenen Personen. Sobald für **servi** und **filiifamilias** verschiedene Rechtssätze bestehen, so liegt dies über den Begriff der **potestas** hinaus, und alsdann muß offenbar der Unterschied, daß der Eine **in abstracto** Sache, der Andere an sich ein freier Mensch ist, wesentliche Rechtsverschiedenheiten erzeugen [5]).

---

3) So werden ja auch die Legate ipso jure erworben, ohne daß ein Zwang sie zu behalten vorhanden wäre.

4) fr. 195. §. 2. de verb. sign. — Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet. — Dieses dominium oder potestas ist eben der Inbegriff aller Rechte des paterfam.; es ist das Schalten und Walten desselben in domo.

5) So erklärt sich die Art, wie filiifamilias und servi sich selbst obligiren können, ferner das den Ersteren nicht beschränkte connubium etc.

Dagegen ist die Art, wie ein der Gewalt Unterworfener in das Vermögen seines Herrn succedirt, völlig aus der **potestas**, die bei des Letzteren Lebzeiten bestanden hatte, zu erklären, sie muß sich also beim **filiusfamilias** und beim **servus** ganz in gleicher Weise gestalten. Beide, der Sklav wie der Haussohn, gehören zur **familia**, d. h. zum gesammten Vermögenscomplexe des Herrn. Ebenso wie er am Sklaven Eigenthum hat, ist auch der Sohn suus, d. h. sein eigenes Kind [6]), dieser ist Theil seines Vermögens, wie er ja denn auch nach dem Principe der Accession das Vermögen des Vaters vergrößert. Von dem Ganzen dieses Vermögens kann sich der Sklav und der Sohn nie aus eigenem Willen trennen [7]), weder bei Lebzeiten des Gewalthabers noch nach dessen Tode. Wohl aber muß dieser Tod des Herrn eine wesentlich verschiedene Wirkung für den Sohn und den Sklaven haben, weil jener an und für sich frei, dieser **in abstracto** Sache ist. Der Sohn wird durch den Tod des Gewalthabers vollkommen vermögensfähig, da er aber durch seines Vaters Hinwegfallen nicht die Befugniß erhalten haben kann, sich von dessen Vermögen zu trennen, weil er von jeher als Theil desselben gegolten hat, so folgt es von selbst, daß, indem er Vermögensfähigkeit erhält, er die ganze **familia**, innerhalb deren er bisher dem Vater untergeordnet war, jetzt sich selbst unterordnet. Der Sklav dagegen bleibt nach wie vor passiver Theil der **familia**, und nur, wenn er durch den ausdrücklichen Willen des Herrn den Charakter einer Sache verliert, und ihm das Vermögen übertragen wird, so muß nothwendig dasselbe Verhältniß eintreten, wie beim **suus**, der von selbst durch den Tod seines Vaters vermögensfähig wird und dem schon durch das Gesetz die Erbschaft deferirt ist.

Also der testamentarisch freigelassene und zum Erben ernannte Sklav steht auf derselben Stufe wie der **suus**, mag dieser nun noch ausdrücklich zum Erben ernannt sein, oder

---

6) S. Hugo's R. G. S. 260. Z. 10. ff.

7) **fr. 31. de adopt.** Die Trennung geschieht vielmehr nur durch ein auf dem Verkaufsrechte des Herrn ruhendes Geschäft, Freilassung und Emancipation.

nicht. Bei beiden wirkt die bisherige potestas darin fort, daß sie nicht das Recht haben, aus eigenem Willen sich von der familia, in der sie stehen, zu trennen; deßhalb brauchen sie keine besondere Erwerbshandlung vorzunehmen, und deßhalb sind sie, wie die Römer sagen, necessarii heredes.

Ich weiß wohl, daß schon die späteren Römischen Juristen es auf ganz andere Weise erklären, weßhalb dem suus die Erbschaft ipso jure anfalle. Es sei eigentlich gar kein Erbfall, da der Sohn auch schon bei Lebzeiten des Vaters als condominus anzusehen wäre; es könne also auch von einer Erbschaftsantretung nicht die Rede sein [8]).

Allein ich zweifle sehr, ob diese Anschauungsweise, die auch von unseren neueren Schriftstellern vielfach adoptirt ist, wirklich der Grund gewesen sei, aus dem jener Rechtssatz hervorging, ob überhaupt derselbe irgend in das ältere Römische Rechtssystem passe. Es war vielmehr umgekehrt das Grundprincip, daß dem Sohne bei Lebzeiten des Vaters gar kein Vermögensrecht, vielweniger ein Miteigenthum an dessen Gütern zustehe. Es wäre unerklärlich, daß, wenn man in Wahrheit dies Miteigenthum anerkannt hätte, daraus nicht noch weitere Rechtssätze sich gebildet haben sollten, wie wir dies allerdings im Deutschen Rechte finden, während davon im Römischen keine weitere Spur zu finden ist. Es würde endlich, und das ist die Hauptsache, das gezwungene Erbesein, welches doch mit dem ipso jure=Anfall genau verbunden ist, ganz als eine unerklärliche Singularität dastehen, während dasselbe aus der obigen Erklärungsart ganz von selbst sich ergiebt.

---

8) fr. 11. de lib. et post. — In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimabantur etc. — Außerdem sind mir noch folgende Stellen aufgestoßen, aus denen dieser Grundsatz hervorgeht, und woraus wir allerdings auf dessen allgemeine spätere, man möchte sagen: Volksansicht schließen können. Cic. in Verr. II. 1. 43. „Quibuscum vivi bona nostra partimur." Lex Dei XVI. 3. 6. — fr. 1. §. 12. de success. ed. — Gai. II. 157. §. 3. I. de her. qual. (II. 19.) §. 3. I. de her. quae ab intest.

Und so ist es denn auch sehr leicht zu rechtfertigen, wie man in der spätern Zeit des Römischen Rechts nicht mehr den wahren Grund des Rechtssatzes anerkennen wollte, und lieber einen anderen aufsuchte, den man allerdings in diesem einzelnen Falle allgemein annahm, ohne aber daraus noch weitere juristische Consequenzen, die sich allerdings daraus hätten ziehen lassen [9]), ableiten zu wollen. Die ganze Bedeutung der **patria potestas** war nämlich mit der Zeit eine andere geworden, und so wurden denn auch die daraus abgeleiteten Rechte über Tod und Leben, über Verkauf, Vindication, Vermögenslosigkeit der Hauskinder nach und nach ganz oder wenigstens theilweise aufgehoben. Aus derselben Tendenz ging das **beneficium abstinendi** hervor, wodurch der ältere Satz des gezwungenen Erbeseins fast vernichtet und sein genauer Zusammenhang mit dem **ipso jure**-Anfall in den Hintergrund gestellt wurde. Man brauchte daher auch kein Bedenken zu tragen, diesen letzten auf eine den späteren Rechtsansichten gemäßere Weise zu erklären, wobei man freilich darauf verzichten mußte, den dem **suus** in der Erbschaftserwerbung gleichstehenden **servus (cum libertate institutus)** aus einem gleichen Gesichtspunkte zu betrachten.

§. 2. Abgesehen von den **sui heredes** bestand für Alle, denen sonst noch die Erbschaft deferirt werden konnte, weder ein Zwang zur Erbschaftsantretung, noch fiel ihnen überhaupt die Erbschaft anders als durch eine positive Acquisitionshandlung zu. Wenn ihnen also hierbei vollkommene Willensfreiheit gelassen wurde, so war von der andern Seite diese einer zu großen Schrankenlosigkeit überlassen, als daß nicht mancherlei Uebelstände dadurch hätten entstehen müssen. Indem man nämlich dem berufenen Erben (sei es **ex testamento**, sei es **ab intestato**) völlige Freiheit bei der Erbschaftsantretung gewähren wollte, nahm man, was an sich davon noch wesentlich verschieden ist, zugleich an, daß er nicht einmal gezwungen werden könne, sich auch nur darüber zu erklären, ob er antreten

---

9) Vielleicht etwa hat das Notherbenrecht der **sui heredes** dieser Anschauungsweise der späteren Zeit seine Entstehung zu verdanken.

wolle oder nicht. Ein solcher Zwang zur Erklärung wird, wo man ihn überhaupt einführt, stets an gewisse Fristen gebunden werden, in welchen dem berufenen Erben sich zu bedenken freisteht, und nach deren unbenütztem Ablauf er seines Rechts verlustig geht.

Aber die 12 Tafeln kannten diesen Unterschied noch nicht. Wer nicht als **suus** zur Antretung gezwungen ist, der ist nicht allein berechtigt, sich nach vollkommen freiem Willen über die Acquisition der ihm deferirten **hereditas** zu entscheiden, er ist auch befugt, diese Entscheidung so lange er will aufzuschieben, ohne daß dadurch einer folgenden Klasse die Erbschaft deferirt worden wäre. Es gab mit anderen Worten im ältesten Rechte keine Deliberationsfristen. So konnte er also noch nach langen Jahren die Antretungshandlung vornehmen, und die Erbschaft von anderen Besitzern einfordern, wofern nicht eine rechtsgültige Usucapion die Klage ausschloß.

Die 12 Tafeln waren auf biedere Leute und für einen kleinen Staat berechnet, und so kann es uns nicht wundern, daß sie auf einen so wichtigen Punkt, wie in einem jeden ausgebildeten positiven Rechte die Deliberationsfristen sein müssen, keine Rücksicht nahmen. Aber mit der Zeit mußten sich nothwendig folgende Uebelstände herausstellen:

1. Als der ganze Staat nur noch aus der Stadt Rom und einem geringen sie umgebenden Landgebiete bestand, war es bei einem jeden einzelnen Beerbungsfalle leicht zu wissen, ob ein in einer späteren Klasse zur Erbschaft Gerufener durch eine frühere ausgeschlossen werde oder nicht. Also die Gentilen konnten es leicht erfahren, ob ein **scriptus heres**, ein **suus** oder ein Agnat ihnen voranstände, und wenn dies der Fall war, so war ihnen aller Anspruch auf die **hereditas** versagt, mogte der vor ihnen Berufene noch so lange mit der Antretung zögern, ja auch wenn dieser wieder durch Tod oder Repudiation hinweggefallen war, konnte, wie an seinem Orte gezeigt werden wird, ein Uebergang der Delation auf die folgende Klasse nicht statt finden.

Mit der Ausbreitung des Römischen Staats, und bei den vielfachen Kriegen müssen aber immer häufiger Fälle vorgekommen sein, daß ein in einer früheren Klasse Gerufener als nicht

vorhanden angenommen ward, und eine spätere Klasse sich die Erbschaft aneignete, bis dann doch über lang oder kurz der besser Berechtigte auftrat und die Herausgabe der Erbschaft verlangte. Da es keine Deliberationsfristen gab, so konnte derselbe nie durch Zeitablauf von der Geltendmachung seines Rechts ausgeschlossen werden, und auch die Herausgabe der einzelnen Erbschaftssachen kann ihm selten verweigert worden sein [1]). Denn die Besitznahme derselben durch die in einer späteren Klasse Gerufenen galt gewiß in dieser ältesten Zeit nach den 12 Tafeln meistens als eine unrechtmäßige, da ihnen ein Recht auf die Erbschaft nur gegeben war im Falle des Nichtvorhandenseins der früheren Klasse, sie daher ein Recht auf usucapio (pro suo) [2]) nur hatten, wenn sie aus einem vollkommen entschuldbaren, von ihnen zu beweisenden Grunde sich für die Erben gehalten hatten. War also diese usucapio nicht vorhanden, so konnte die besessene Sache stets von ihnen vindicirt werden, und hatten sie dieselbe mit erweislicher mala fides in Besitz genommen, so war dann auch jede weitere Usucapion eines dritten bonae fidei possessor als bei einer res furtiva ausgeschlossen [3]), ein Satz, der anfänglich vielleicht auch auf fundi ausgedehnt wurde, da Gaius sagt, es sei erst in späterer Zeit herrschende Ansicht geworden, daß an Grundstücken kein furtum möglich sei [4]).

Wir sehen also, wie wegen des Mangels an Deliberationsfristen, sobald der früher Berufene die Antretung hinzögerte, den spätern Klassen ein Gelangen zur Erbschaft unmöglich war, wie überhaupt eine spätere Klasse selten in vollkommener Sicherheit sein konnte, ob ihr nicht die in Besitz genommenen Erbschaftssachen wieder würden abgefordert werden.

---

1) Es wird sogleich gezeigt werden, daß für diese ältere Zeit noch von keiner hereditatis petitio die Rede sein kann.

2) Der titulus pro herede kann erst mit der hereditatis petitio und der pro herede usucapio entstanden sein.

3) Gai. II. 49.

4) Gai. II. 51. — cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum fieri.

2. Aber noch ein anderer Uebelstand ist nicht zu übersehen. Ein Erbfall ist nicht bloß für diejenigen von Interesse, welche selbst als Erben einen etwaigen Anspruch auf das Vermögen erheben können, sondern Allen, mit denen der Erblasser Rechtsgeschäfte abgeschlossen hatte, also namentlich Erbschaftsgläubigern, muß es von der größten Wichtigkeit sein, sicher und bald zu wissen, wer der heres sei, wer also die Persönlichkeit des Verstorbenen fortsetze, und somit auch in dessen Schulden eingetreten sei. Auch dem Staat selbst kann es vielfältig von Bedeutung sein, diesen heres zu kennen, und dafür finden wir grade im älteren Römischen Rechte einen sehr wichtigen Beleg. Die ganze Staatsorganisation hing genau mit einer Reihe von gottesdienstlichen Gebräuchen zusammen, die denn auch in das Privatrecht häufig modificirend eingriffen, und deren Beobachtung als für das Staatswohl von der größten Bedeutung von den Pontifen genau überwacht wurde.

Hieher gehörten gewisse sacra, d. h. Opferfeierlichkeiten, welche nach dem Tode einer Person von dessen Erben zu prästiren waren, und auf die man, wie Gaius ausdrücklich bemerkt, in den ältesten Zeiten ein außerordentliches Gewicht legte [5]).

Es kann nur kurz hier berührt werden, welches der Grund dieser sacra gewesen sein möge, da diese Frage wieder für sich selbst eine viel zu weitgreifende ist, als daß sie in dieser Abhandlung ihren vollen Platz finden könnte. Festus (v. publica sacra) macht überhaupt folgende Klassen der sacra:

> Publica sacra, quae publico sumtu pro populo fiunt, quaeque pro montibus, pagis, curiis, sacellis. At privata, quae pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt.

Es lehrt der erste Blick, daß die sacra, von denen wir hier reden, nämlich die für einen Verstorbenen prästirten, nur zu den privata gezählt werden können, also unter einen von

---

5) Gai. II. 55. — ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit.

den drei Fällen, welche Festus aufzählt, gehören, indem kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß Festus, der offenbar nicht bloß Beispiele aufzählen will, gerade unseren Fall der **sacra** ausgelassen habe.

Unter den **gentilitia sacra** aber können wir denselben unmöglich stellen. Daran nahmen alle Gentilen Theil, aber Niemand, der außerhalb der **gens** stand; es müssen mithin andere **sacra** gewesen sein, als die von dem Erben zu prästirenden, da der Erbe ja ein zur **gens** nicht Gehöriger sein konnte. — Was die **sacra pro familiis** gewesen seien, ist schwierig zu ermitteln; sie werden bei Festus doch offenbar noch verschieden von den **gentilitia** angenommen. Man könnte sie also auf die Agnatenfamilie beziehen, da ja dies die gewöhnlichste Bedeutung von **familia** ist. Jedenfalls aber gehören dann wieder die vom **heres** zu leistenden **sacra** nicht darunter, da der **heres** auch nicht aus der Agnatenfamilie zu sein braucht. — Indessen ist von diesen innerhalb des Agnatenkreises gefeierten **sacra** nirgends sonst in unsern Quellen die Rede, mithin hat es großes Bedenken, sie aus der angeführten Stelle des Festus, die erst erklärt werden soll, beweisen zu wollen. Und so nimmt denn auch Savigny [6]) hier ein Versehen des Festus an, welcher sich sowohl durch die **sacra pro singulis hominibus**, als durch die **gentilitia** habe irre leiten lassen. Jene könnten das Ansehen haben, als seien es **sacra familiarum**, weil doch meistens die Verwandten auch Erben seien. Diese, die **gentilitia sacra**, aber hätten leicht auch **s. familiarum** genannt werden können, weil sich überhaupt mit dem Umsturz der Republik der streng unterscheidende Sprachgebrauch von **gens** und **familia** verwischte, und man häufig bekannte alte **gentes** mit dem Worte **familia** bezeichnete, so daß die spätere ungenauere Redeweise sehr leicht **sacra familiarum** statt der **sacra gentilitia** sagen konnte [7]), was denn Festus falsch verstanden, und für zwei verschiedene Dinge angesehen habe.

---

6) Ueber die sacra privata der Römer, in seiner Zeitschrift **II.** S. 383 ff.

7) Savigny führt Stellen des älteren Plinius und des Macrobius an, worin von den sacra Serviliae familiae, sacra familiae Claudiae, Aemiliae, Juliae, Corneliae die Rede ist.

Diese Ansicht, die sehr Vieles für sich hat, wird keineswegs durch einen neueren Schriftsteller [8]) widerlegt, welcher **familia** für das vererbte Vermögen (also = **hereditas**) nimmt [9]), und danach unter den **sacra pro familiis** gerade die vom **heres** zu prästirenden, welche „für das Wohl des einzelnen Vermögens bestehen, eben daher an dasselbe geknüpft und mit ihm fortlebend." Es ist dies schwer zu verstehen, indem sie aus Gelübden des Erblassers hervorgegangen sein sollen, [also doch auch schon von diesem prästirt wurden, und bei dessen Lebzeiten offenbar **sacra pro singul. hom.** waren], welche dann plötzlich durch dessen Tod sich in **sacra pro familiis** umgestaltet hätten. Sie haben also doch ihren Grund im Gelübde eines Einzelnen, und nichts destoweniger sollen sie „nicht von dem Leben des Einzelnen, oder einem einmaligen Verhältniß (?) desselben abhängen!" — Wenn man dagegen annimmt, die Ausführung dieser Gelübde solle erst nach dem Tode des Gelobenden beginnen, wie kann hiermit das Princip: **sacra perpetua sunto** d. h. gerade deren Uebergang auf Andere nach dem Tode des Votanten vereinigt werden? [10]) — Wie soll sich überhaupt der Name **sacra pro familiis** rechtfertigen, da Woeniger sie für solche nimmt, welche aus dem Vermögen, **ex familia**, entrichtet werden, aber doch für das Heil des Votanten, (z. B. zum Danke **pro restituta valetudine**) constituirt worden sind? Daß die Römer „für das Wohl eines Vermögenscomplexes" **sacra** errichtet hätten, scheint mir ihrer unwürdig, denn die **sacra** bedeuten Opfer, wodurch der Schutz der Götter für Personen und ihre Handlungen erfleht wird, nicht kann ein Erblasser **sacra** votiren, damit die Götter nach seinem Tode sein Vermögen vor Verschleuderung bewahren mögten.

---

8) Woeniger, das Sacralsystem der Römer (1843.) S. 203.

9) In diesem Sinne kommt das Wort allerdings namentlich in den 12 Tafeln vor: „agnatus proximus familiam habeto," „gentiles familiam habento." Lex Dei XVI. 4.

10) Cic. de leg. II. 21. — De sacris autem — haec sit una sententia, ut conserventur semper, deinceps familiis prodantur, et, ut in lege posui, perpetua sint sacra.

So kann man denn nicht annehmen, daß „die familiae, als vermögensrechtliche Totalitäten gedacht, bestimmte sacra hatten," und man wird entweder zu der Savigny'schen Ansicht zurückkehren müssen, oder vielleicht folgenden Erklärungsversuch billigen, bei dem wir nicht nöthig haben, den Festus eines Irrthums zu zeihen.

Es ist bekannt, daß sich die gentilitia sacra nur auf Patrizierfamilien beziehen. Dagegen hatten sich sehr angesehene Plebejerfamilien erhoben, z. B. die Aelier, Mamilier, Marceller, denen gewiß bedeutende Familienerinnerungen nicht gefehlt haben werden, welche sie ebenso feierten, wie die Patrizier die ihrigen durch die gentilitia sacra [11]). Kommen doch sogar municipalia sacra vor (Festus v. municipalia), wie können wir sie für die großen Römischen Plebejerfamilien bezweifeln? Wie aber konnte man dieselben, so lange noch ein strenger Sprachgebrauch die gentilitia sacra auf Patrizierfamilien bezog, anders bezeichnen, als sacra pro familiis? — und warum sollen wir nicht annehmen, daß Festus, wohl von der Sache unterrichtet, es nicht unterlassen wollte, bei den sacra privata die der Plebejer von denen der Patrizierfamilien ebenso zu trennen, wie er dies bei den sacra publica thut [12]), — oder besser, daß Festus nur richtig abgeschrieben habe, was sein Autor wohlweislich so geschrieben hatte? —

Jedenfalls aber muß uns zugegeben werden, daß die vom Erben zu prästirenden sacra, um derentwillen wir auf diese ganze Untersuchung geführt sind, weder zu den sacra pro familiis noch pro gentibus zu zählen sind, daß sie also unter die sacra pro singulis hominibus gehören.

Daß diese sacra mit den Gelübden eng zusammenhängen, zeigt schon Cicero, welcher (de leg. II. 19 u. ff.) die berühmte, unten noch genauer zu erörternde Stelle über die Vertheilung der sacra gleich mit der Zusammenstellung beider beginnt.

(jus), quod cum religione conjunctum est. id autem

---

11) S. Woeniger a. a. O. S. 190. und ff., vergl. mit S. 201.

12) Die sacra pro montibus et pagis (die plebejischen) stehen auch hier den patricischen (pro curiis et sacellis) voran.

quantulum est? — de **sacris** credo, de **votis**, de **feriis**, de **sepulcris**.

Der Begriff der **feriae** gehört noch durchaus zu dem der **sacra**, indem gerade die Zeit dieser Feierlichkeiten **feriae** hießen [13]), so müssen also wohl nothwendig auch die **vota**, welche Cicero zwischen jene beiden Ausdrücke stellt, mit den **sacra** in Verbindung stehen; und dies zeigt denn auch eine andere Stelle von Cicero, sowie eine ausdrückliche, dem Aelius Gallus entlehnte Beschreibung derselben bei Festus [14]). — Wir sehen daraus namentlich, daß alle möglichen Sachen den Göttern darzubringen gelobt werden konnten, daß aber diese Sachen noch nicht durch das einseitige Gelübde zu **res sacrae** wurden, sondern daß deren Darbringung erst den Pontifen angezeigt, und von diesen acceptirt werden mußte, mit Festsetzung von Zeit und Ort der Darbringung. Diese wurde dann als ein Opfer angesehen, obgleich sie kein wahres Opfer war (**tanquam sacrificium**), weil die gelobten Sachen nicht vernichtet, sondern im Tempel aufgehängt wurden, oder (wie z. B. **aedes, ara, locus** oder **pecunia**) in das Tempelvermögen gelangten. Mit wirklichen Opfern scheint diese Darbringung nicht verbunden gewesen zu sein, da Festus erwähnt, daß der Ort, wo der Act vorgenommen wurde, dadurch nicht **sacer** werde, sie konnten also offenbar an einem nicht geheiligten Ort vorgenommen werden, während dies doch bei wahren Opfern nicht möglich war [15]).

---

13) Festus v. priv. feriae. — „Privatae feriae vocantur sacrorum propriorum ....“

14) Cic. pr. dom. 51 — Festus v. sacer mons: „quod autem privati suae religionis causa aliquid earum rerum (vorher ist von den consecrirten Sachen: sive aedes, sive ara, sive signum — sive pecunia die Rede) Deo dedicent, id Pontifices Romanos non existimare sacrum; at si qua sacra privata succepta sunt, quae ex instituto Pontificum stato die aut certo loco facienda sint, ea sacra appellari, tanquam sacrificium.“

15) Festus l. c. — „ille locus, ubi ea sacra privata facienda sunt, vix videtur sacer esse.“ Bekanntlich finden sich bei den Ausgrabungen von Tempeln in Italien noch viele dergleichen Weihgeschenke, na-

Wenn wir nun auch zugeben, daß dergleichen vota, wenn sie vom Erblasser noch nicht erfüllt worden, vom Erben zu prästiren waren, so muß doch zugleich anerkannt werden, daß sie unmöglich den einzigen Inhalt dieser auf der hereditas lastenden sacra gebildet haben können[16]). Solche vota können doch verhältnißmäßig nur selten vorgekommen sein, während die sacra bei jeder hereditas die Regel gewesen zu sein scheinen, so daß sich für eine besonders glückliche Ausnahme der Ausdruck »sine sacris hereditas« bildete. Auch scheint man doch bei diesen sacris wahre Opferfeierlichkeiten und überhaupt viel Gepränge voraussetzen zu müssen, da sie eine so große Last für die hereditas bildeten, was Alles auf die Gelobung gewisser Sachen nicht paßt. Endlich aber spricht Cicero (s. Not. 10.) von der Conservation und Fortpflanzung dieser dem Erben obliegenden sacra durch mehre Familien hindurch, was von jenen votis schwer zu verstehen ist.

Auf die richtige Spur, was man für den Hauptinhalt dieser sacra zu halten habe, führt uns schon die obige Stelle Cicero's, worin er die sacra mit den votis und feriis erwähnt, und daran gleich die sepulcra knüpft. Wenn wir darthun können, daß auch diese noch im Zusammenhange mit den sacra stehen, daß, was an sich so natürlich scheint, die anzustellenden Todtenfeierlichkeiten die Hauptlast der hereditas waren, so scheint damit die Wichtigkeit, welche die Römer bei den Erbfällen auf die sacra legten, durchaus gerechtfertigt. Und dieser Beweis kann uns nicht schwer fallen.

Festus (v. privatae feriae) zählt zu den sacra propria (oder pro singulis hominibus) die dies natales, operationis, und denicales. Die beiden ersteren können für uns nicht in Betracht kommen, es sind sacra, die Jemand für sich selbst, nicht in Bezug auf einen anderen Erblasser feiert[17]).

---

mentlich wegen Genesung von Krankheiten. S. z. B. Neue Jenaer Liter. Zeit. 1843. № 19.

16) Letzteres ist die Ansicht von Savigny, dem auch Woeniger folgt.

17) Unter die dies operationis gehören indeß auch die eben besprochenen vota, wenn der Erblasser wegen des Gelingens eines Unternehmens seinen Erben etwas aufgelegt hat.

Wohl aber gehören die **denicales** hieher, von denen Cicero (de legg. II. 22) sagt:

quae a nece appellatae sunt, qua resident mortui.

Es sind also die Todtenfeierlichkeiten, mit verschiedenen Arten von Opfern[18]), bei denen man großen Aufwand zu machen pflegte, wie man daraus sieht, daß schon die 12 Tafeln denselben zu beschränken strebten[19]). — Es kann wohl kein Bedenken haben, daß diejenigen die Todtenfeierlichkeiten besorgen mußten, denen die **sepulcra** entweder bereits zusammen mit dem Verstorbenen angehörten, oder denen sie durch dessen Ableben zufielen. Nun unterscheiden die Römer zwei Arten der **sepulcra**:

fr. 5 de religios. — Familiaria sepulcra dicuntur, quae quis sibi familiaeque constituit; hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit.

Unter den Familienbegräbnissen wird man vor dem Ende der Republik nach strengerem Sprachgebrauch noch die **gentilitia** und **familiaria** unterschieden haben[20]), so daß sich die **gentilitia sepulcra** nur auf Patrizierfamilien bezogen. Für die **familiaria** aber wie für die **hereditaria** stellt Ulpian (fr. 6. pr. de religios.) die Regel auf, daß die Erben, weil sie durch die Erbeseinsetzung in die Persönlichkeit des Erblassers eintraten und so gleichsam in die **familia** aufgenommen wurden, in jedem Falle daran Antheil gehabt hätten[21]), und so steht denn

18) So beschreibt sie auch Liv. I. 20.: — omnia publica privataque sacra pontificis scitis subjecit.... nec coelestes modo caeremonias, sed justa quoque funebria placandosque Manes ut idem pontifex edoceret.

19) Cic. de legg. II. 22 u. 23. — vergl. Woeniger a. a. O. S. 217 ff.

20) Von ersteren spricht Cicero de legg. II. 22. „Jam tanta religio est sepulcrorum, ut extra sacra et gentem inferre fas negent esse; idque apud majores nostros A. Torquatus in gente Popilia judicavit.“

21) Bei den gentilia sepulcra scheint man, wie dies sehr erklärlich ist, keinen heres, der nicht Gentile war, haben zulassen wollen. Aber da sich Cicero (s. d. vor. Note) dafür auf ein Urtheil der majores bezieht, so darf man wohl annehmen, daß man bereits zu seiner Zeit davon abgegangen war.

auch fest, daß sie stets allein oder mit Anderen die Opferfeierlichkeiten für die Verstorbenen zu besorgen hatten. Hiermit nun erklärt es sich von selbst, daß, wie die sepulcra, so auch die sacra, „conservirt und auf andere Familien übertragen wurden (s. Not. 10), d. h. daß sie perpetua waren.

Diese Erörterung über die sacra war nothwendig, um vor Allem eine klare Vorstellung von denselben zum Grunde zu legen, was für die folgende Darstellung von großer Wichtigkeit ist. Es leuchtet danach ein, daß im älteren Römischen Rechte die Prästation dieser sacra ein von den Pontifen überwachtes Staatsinteresse war, und Letztere, wie Gaius ausdrücklich bemerkt (s. Note 5) sehr gewissenhaft darauf halten mußten, daß mit der Darbringung der sacra nicht gezögert werde.

Mithin rechtfertigt sich unser Schluß, daß die Pontifen, ebenso wie es oben für die Erbschaftsgläubiger angegeben wurde, ein Interesse hatten, sicher und bald zu wissen, wer der heres des Verstorbenen sein werde.

§. 3. Die dargestellten Uebelstände, welche aus dem Mangel von Deliberationsfristen hervorgingen, mußten sehr bald so fühlbar werden, daß man auf Abstellung derselben Bedacht nahm. Es finden sich nun im älteren Römischen Rechte zwei Institute, welche durchaus geeignet waren, dem Mangel der Deliberationsfristen abzuhelfen, und die auch gerade in unseren Quellen unter diesem Gesichtspunkte aufgefaßt werden, das sind die cretio und die pro herede usucapio, welche beide jetzt genauer erörtert werden müssen:

1. Es mußte einem jeden sorgsamen Erblasser selbst von Wichtigkeit sein, daß sein Erbe bald nach seinem Tode die Erbschaft antreten mögte, um die Creditoren zu befriedigen und die sacra zu prästiren, welche letzteren zu damaliger Zeit etwa an der Stelle der heutigen Seelenmessen standen. Man mußte also darauf kommen, so weit über den Tod hinaus Anordnungen möglich waren, d. i. durch Testament, diesen Punkt zu reguliren, und so erklärt sich leicht das aus der bloßen Gewohnheit der Testirenden hervorgegangene Rechtsinstitut der

cretio, wonach der Testator dem ernannten Erben aufgab, binnen einer bestimmten Zeit die Antretung vorzunehmen, widrigenfalls er seines Rechtes verlustig sein solle; m. a. W. es wurde, wie die Römischen Juristen ausdrücklich diesen Satz nennen, eine Deliberationsfrist eingeführt.

Ulpian. XXII. 27. — Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei adire hereditatem, nec ne.

Gaius II. 164. — Extraneis heredibus solet cretio dari, id est finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem vel si non adeant, temporis fine summoveantur.

Zwei Punkte können bei dieser cretio, wie ich glaube, als gewiß hingestellt werden. Erstlich, daß dies ganze Institut aus der Gewohnheit der Testirenden hervorgegangen, nicht durch ein besonderes Gesetz, etwa die 12 Tafeln, eingeführt worden ist. Nicht allein ist hievon in unseren Quellen keine Spur, sondern es finden sich überhaupt bei der cretio mancherlei nicht ganz genau normirte Sätze, was immer das unzweideutigste Kennzeichen eines gewohnheitsrechtlichen Institutes ist. So ist namentlich die Zeit der cretio nicht fest bestimmt, obgleich freilich die Frist von 100 Tagen allgemein im Gebrauch war [1]).

Zweitens kann es wohl nicht bezweifelt werden, daß die cretio ein altes Institut ist, welches, wenn es auch in den 12 Tafeln noch nicht vorkommt, doch unter die früheren, nach diesen sich bildenden Rechtssätze gezählt werden muß. Schon alle die Formeln, welche dabei regelmäßig in Uebung waren, zeigen diesen älteren Charakter an, ferner ist ja die ganze Substitutionslehre ohne das Vorhandensein der cretio nicht denkbar [2]), und ihr darf doch gewiß kein späterer Ursprung beigelegt werden. Endlich aber zeugen ausdrückliche

---

1) Gai. II. 170. — Omnis autem cretio certo tempore constringitur; in quam rem tolerabile tempus visum est centum dierum; potest tamen nihilominus jure civili aut longius aut brevius tempus dari.

2) Gai. II. 174.

Worte des Gaius für das alte Herkommen der cretio [3]), indem man, wie er bemerkt, schon lange von den strengen früheren Regeln abgegangen sei, welche zu den freieren Grundsätzen des späteren Rechtes nicht mehr paßten.

Die weitere Entwicklung und das Verschwinden dieses Institutes muß unten noch schärfer in's Auge gefaßt werden, indem sich hiebei, wie schon Hugo bemerkt hat [4]), Räthsel finden, welche wir vielleicht zu lösen im Stande sind.

§. 4. Der Kreis, in dem sich die cretio bewegte, war indessen nur ein sehr beschränkter, so daß damit dem Mangel einer Deliberationsfrist doch nur theilweise abgeholfen war. Die cretio bezog sich ja nur auf testamentarische Successionen, also für die Intestatklassen war (abgesehen von den sui, bei denen aus einem anderen Grunde Deliberationsfristen nicht nöthig waren, — s. §. 1.) an dem alten Zustande nichts verändert worden, und so allgemein mag, namentlich in der ersten Zeit nach ihrem Aufkommen, die Sitte der cretio noch gar nicht gewesen sein, daß darin für alle testamentarische Successionen eine Abhülfe gelegen hätte.

2. So läßt sich erklären, daß wir noch ein zweites Rechtsinstitut finden, welches nach dem ausdrücklichen Zeugnisse unserer Quellen dazu eingeführt wurde, um den heres durch eine, auf alle Fälle sich beziehende Deliberationsfrist zur Antretung der Erbschaft zu zwingen. Das ist die **pro herede usucapio** [1]).

Gaius sagt von ihr **II. 55:**

---

3) Gai. II. 178. — Sed dudum quidem placuit, quamdiu cernere et eo modo heres fieri possit prior, etiamsi pro herede gesserit, non tamen admitti substitutum; cum vero cretio finita sit, tum pro herede gerentem admittere substitutum. olim vero placuit etiam superante cretione posse eum pro herede gerendo in partem substitutum admittere, et amplius ad cretionem reverti non posse.

4) R. G. S. 567. zur Note 5.

1) Wenn man den Ursprung der cretio später setzen wollte, als die pro herede usucapio, so würde man auf eine Erklärung, wie nach dem allgemeinen Rechtssatz noch wieder ein gleichartiger auf einen besondern Fall bezüglicher, hätte entstehen können, wohl verzichten müssen.

Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres, maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur.

So finden wir also in einer vollkommen schlagenden Stelle die bisher vermuthungsweise ausgesprochenen Gründe, weßhalb der Mangel einer Deliberationsfrist sehr drückend werden mußte, bestätigt, wir haben zugleich das feste Grundprincip erlangt, aus dem das ganze, für die weitere Entwicklung des Römischen Erbrechts so hochwichtige Institut der pro herede usucapio erklärt werden muß.

Dieselbe kann erst nach den 12 Tafeln eingeführt worden sein, da einestheils Gaius hier von den veteres spricht, während wenn schon in den 12 Tafeln selbst von ihr die Rede gewesen wäre, er gewiß nicht allgemein die Alten, sondern ausdrücklich die 12 Tafeln genannt haben würde, — und da anderntheils die für diese usucapio angenommene Zeitfrist offenbar auf einer Interpretation der 12 Tafeln, als eines bereits geltenden Gesetzes, beruht. Weil nämlich durch die 12 Tafeln eine Usucapion für den fundus in zwei Jahren, für die ceterae res in einem Jahre festgestellt war, so rechnete man, durch Auffassung der hereditas als eines untrennbaren Ganzen, dieselbe unter die ceterae res, welche also auch mit Inbegriff der in der hereditas enthaltenen fundi in einem Jahre usucapirt werden konnte.

Gai. II. 53. 54. — Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res quae solo continentur anno usucapiantur. — Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. lex enim XII. tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno.

Das ganze Institut also beruhte auf einer Interpretation der 12 Tafeln, und zugleich sehen wir aus der Steifheit und Gezwungenheit dieser Interpretation, daß sie nur in den frü=

heren Zeiten, wo die Rechtskunde sich noch so sklavisch an Worte band, aufgestellt sein kann. —

Es bedarf indessen noch einer genaueren Entwicklung des der **pro herede usucapio** zum Grunde liegenden Princips.

Es war Grundsatz des ältesten Römischen Rechts, daß der Erbe in die Persönlichkeit des Erblassers eintrete. Denn nur daraus läßt es sich erklären, daß man ihn von Anfang an als Inhaber der Forderungen, welche doch auf andere Personen nicht übergehen können [2]), ansah, und daß man ihn auch in die Schulden, so wie in die Pflicht zur Prästation der **sacra** eintreten ließ. Also diese Pflichten waren nicht eigentlich an das Erlangen des Erbschafts*vermögens*, sondern an ein Ideelles, an das **succedere in universum jus** geknüpft, indem man gerade das *Erbesein* (die **hereditas** in diesem besonderen Sinne) als die Quelle für das Uebergehen der **activa** und **passiva** ansah. Dies Erbesein aber war nach den 12 Tafeln dem, welchem es deferirt worden, auch ehr es acquirirt wurde, gar nicht zu rauben (s. §. 2. im Anfange), Niemand konnte nach Ablauf einer gewissen Zeit in den Platz des zuerst Berufenen, der mit der Antretung säumte, succediren.

Das war es eben, was man jetzt ändern wollte. Man wollte einen gewissen Zeitraum festsetzen, innerhalb dessen der berufene **heres** antreten müßte, und nach dessen Ablauf ein Anderer in dessen Stelle einträte. Es war gar nicht die Absicht, bestimmten Personen, welche etwa von den 12 Tafeln nicht gehörig berücksichtigt wären, die Erbschaftssachen zuzuwenden, um ihnen einen besonderen Vortheil zukommen zu lassen, es lag augenblicklich nur daran, sicher und bald Jemanden zu haben, der für die aus dem Erbesein folgenden Pflichten einstände. So leuchtete es ein, daß man nicht auf die einzelnen Bestandtheile des hinterlassenen Vermögens (also etwa mit einer Unterscheidung des Grundvermögens, **fundi**, von den übrigen Sachen) Rücksicht nehmen durfte, sondern daß man gerade das *Ideelle des* **heres**-*Sein* zur Grundlage des einzuführenden Rechtsatzes machen mußte.

Diese **hereditas**, in der Bedeutung einer **successio in**

---

2) S. Mühlenbruchs Cession §. 3.

universum jus, quod defunctus habuit[3]), — müsse, so argumentirten offenbar die alten Rechtskundigen, als eine unkörperliche Sache aufgefaßt werden; und indem man nun den Charakter einer Sache urgirte, so war leicht, mittelst einer Anknüpfung an das bereits bestehende Recht, dem Mangel einer Deliberationsfrist abgeholfen. Alle Sachen nämlich, so meinte man, seien, wo nicht besondere Ausnahmen vorlägen, der Usucapion unterworfen, denn unter dem **fundus** und den **ceterae res** sei doch gewiß Alles begriffen. Wenn man nun auch das Erbesein unter diese usucapirbaren **ceterae res** rechnete, so ergab sich eine Deliberationsfrist von selbst. Denn der **usucapio** muß stets ein Zeitraum des Besitzes vorausgehen, also in dieser Zeit kann der wahrhaft berufene **heres** über Annahme und Ausschlagung bei sich zu Rathe gehen, mit Ablauf desselben aber war ihm das Recht, die **hereditas** zu erwerben, verloren, und es war der bisherige Besitzer der ideellen **hereditas** in seine Stelle succedirt.

Niemand wird dieser Argumentation Einfachheit absprechen[4]) und es wunderbar finden, daß sie in dem einfachen Römischen Rechtszustande allgemeinen Eingang fand, daß sie ein Rechtssatz wurde. Zugleich mit dem Grundprincip mußte man denn auch folgende Consequenzen anerkennen:

a) Was die Größe der Deliberationsfrist betrifft, so folgte dieselbe aus den in den 12 Tafeln für die **usucapio** eingeführten Zeiträumen. Da die **hereditas** nur den **ceterae res** beigezählt werden konnte, so mußte ihre Usucapion durch einjährigen Besitz vollendet werden, und man konnte aus den schon angegebenen Gründen nicht darauf Rücksicht nehmen, ob

---

3) Es ist heutzutage wohl von Niemand mehr bezweifelt, daß die Römer diese ideelle oder, wie man auch sagt: subjective Bedeutung des Wortes hereditas, sehr wohl von der reellen oder objectiven, wo denn die Masse des Vermögens gemeint ist, von Anfange an sehr genau getrennt haben. S. Arndts Beiträge zu versch. Lehren des Civilr. u. Proc. I. S. 16 ff. vgl. auch fr. 62. de R. J. fr. 24. de V. S.

4) Ob sie auch eine natürliche, und juristisch zu rechtfertigende war, ist eine andere Frage.

auch **fundi** in der Erbschaft seien [5]). War es ja doch der Grund der ganzen Rechtsänderung, daß man bald einen **heres** haben wollte, und so wird man, sobald es nur irgend zu rechtfertigen war, sich nicht haben bedenken können, unter den beiden Zeiträumen von einem und von zwei Jahren den ersteren zu wählen.

b) Schwieriger war die Frage, wie man den Gegenstand der **possessio** auffassen solle, damit diese die Grundlage der **usucapio** sein könnte. Es ist bereits bemerkt, daß man gar nicht darauf ausging, gerade gewissen Personen das Erbschaftsvermögen zuzuwenden, denn daraus würde nur eine **possessio** und **usucapio** der einzelnen Erbschaftssachen hervorgegangen sein. Man wollte eine Usucapion der ideellen **hereditas**, wovon man die reelle, das Vermögen, sehr wohl zu unterscheiden wußte. — Es erhebt sich dabei aber das Bedenken, daß doch nur das, was besessen wird, auch usucapirt werden kann, und es fragt sich, da das Recht des Erbeseins ersessen werden soll, wie dasselbe überhaupt zu besitzen sei? Da es eine unkörperliche Sache ist, so war es nach damaligen Begriffen durchaus unmöglich, an ihr selbst einen Besitz anzunehmen, man wurde also doch darauf zurückgeführt, den Besitz der Erbschaftssachen, also der reellen **hereditas**, als die Grundlage der **usucapio pro herede** anerkennen zu müssen, und man konnte sich nicht anders helfen, als daß man in diesem Besitz des Vermögens **implicite** zugleich den Besitz der

---

5) Gaius fährt nach den zuletzt abgedruckten Worten (S. 20) so fort: ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est. Man könnte hier das Bedenken haben, daß doch die Frist von einem Jahre sich auf den Besitz der Sachen beziehe, dies aber noch von der Deliberationsfrist verschieden sei, welche daraus für den heres entstand, indem ja die Besitzergreifung erst später erfolgt sein konnte. An und für sich ist dies richtig, aber man muß bedenken, daß von Versiegelung des Nachlasses oder dergl. bei den Römern nicht die Rede war, daß also doch irgend Jemand gewiß gleich beim Tode des Erblassers den Besitz des Vermögens ergriff. Mithin wird in den meisten Fällen die Delation der Erbschaft (vom mortis tempus an) und der Anfang der Usucapion ganz in denselben Zeitpunkt zusammengefallen sein.

ideellen hereditas fingirte, so daß nach Ablauf eines Jahres die letztere, und damit denn auch die einzelnen Sachen, welche ohne eine solche Fiction vielleicht eines zweijährigen Besitzes bedurft hätten, erworben sein sollten.

Daß in der That in dieser Weise die pro herede usucapio aufgefaßt wurde, geht mit Bestimmtheit aus den bereits citirten Worten des Gaius hervor, aber dabei besteht noch ein Zweifel, dessen Lösung nicht so direct aus den Worten dieses Schriftstellers herauszulesen ist. Indem man nämlich an den Besitz der reellen hereditas auch den fingirten Besitz der ideellen knüpfte, fragt sich, ob man, damit diese Fiction Statt finde, den Besitz des gesammten körperlichen Erbschaftsvermögens, oder nur den einzelner Erbschaftssachen erfordert habe. Daß nun das Letztere die richtige Ansicht sei, läßt sich, theils aus einer Combination der verschiedenen Aeußerungen des Gaius, theils aus dem Principe, dem die pro her. us. ihren Ursprung verdankte, vollkommen genügend, wie ich glaube, beweisen.

Die pro herede usucapio gewann, (um gleich hier im Voraus zu erwähnen, was später noch genauer erörtert werden muß) mit der Zeit eine andere Gestalt, indem man von der Annahme abging, daß die ideelle hereditas selbst usucapirt werden könne, so daß also bloß die Usucapion des Erbschaftsvermögens übrig blieb. Offenbar muß man aus dieser späteren Gestalt die frühere, soweit es für die hier aufgeworfene Frage wichtig ist, wiedererkennen können. Denn wenn sie früher nur zulässig war, sobald Jemand das ganze körperliche Vermögen in Besitz genommen hatte, so mußte dies auch in der späteren Zeit noch immer die Bedingung sein, um das Eigenthum dieser Sachen in einem Jahre erlangen zu können, da wir keine Spur haben, daß man das Institut noch über seine anfänglichen Gränzen erweitert hätte, was auch durchaus nicht wahrscheinlich ist, da man dem Rechtssatze, nachdem er den Zweck nicht mehr erfüllte, um dessentwillen er eingeführt war, unmöglich noch hold bleiben konnte [6]).

---

6) — „tam improba possessio et usucapio." Gai. II. 55.

Nun aber finden wir umgekehrt, daß in der späteren Gestalt, wie sie Gaius vorträgt, die pro herede usucapio sich auch auf einzelne Erbschaftssachen bezog [7]), mithin rechtfertigt sich der Schluß, daß auch von Anfang an der einjährige Besitz einzelner Erbschaftssachen zur Usucapion des Erbrechtes genügt habe.

Und das stimmt denn auch mit dem Zwecke, den das Institut hatte, vollkommen überein. Man wollte sicher und bald einen heres haben. Wie schwer und selten aber würde Jemand dem Erforderniß genügt haben können, sich in den Besitz der ganzen Erbschaft zu setzen, wie leicht würde dies zu Gewaltthätigkeiten unter verschiedenen Besitzergreifenden geführt haben. Allerdings würde man mit jenem Erforderniß die Annehmlichkeit erreicht haben, daß es nur immer Einer gewesen wäre, der den Creditoren und Pontifen gegenüber stand, aber da man dann überhaupt selten diesen Einen erlangt haben würde, so zog man unter zwei Uebeln das geringere vor und gab zu, daß es auch ihrer Mehre sein konnten, welche zusammen durch den Besitz verschiedener Theile der Erbschaft zum Rechte des Erbeseins gelangten.

c) Dies führt uns zu der dritten Frage, nämlich über die Personen, von denen eine usucapio pro herede ausgeübt werden konnte.

Man sah, wie bereits hervorgehoben ist, gar nicht auf bestimmte Personen, zu deren Gunsten eine neue Klasse der Erbberechtigung einzuführen wäre; sondern da überhaupt unter den civilrechtlichen Klassen keine successio Statt fand, so sollte jetzt eine allgemeine aufgestellt werden, worin Jeder, der da wollte, nach einiger Zeit an die Stelle des eigentlich Berufenen treten konnte. Man sah also das Erb-

7) Gai. II. 52. — Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere usucapiat, velut si rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est quae recipit usucapionem, quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.

schaftsvermögen offenbar als ein herrenloses an[8]), das ein Jeder in Besitz nehmen und durch Usucapion zu seinem Eigenthum machen dürfe[9]), wobei aber auch das Erbrecht auf ihn übergehen sollte.

Gerade daraus, daß ein Jeder zur Besitzergreifung der Erbschaft gerufen wurde, sieht man, daß die **pro herede usucapio** nur auf dem Principe der Occupation errichtet werden konnte, und nur dadurch, daß man die Erbschaft für herrenlos erklärte, konnte man den **justus titulus** rechtfertigen, der zu einer jeden Usucapion erforderlich ist. Die Zeit des Besitzes, welche der endlichen Usucapion voraufging, schien genügend lang, damit der wahrhaft berufene **heres** durch seine Antretung die **hereditas** aus einer herrenlosen zu seiner eigenen machen und seine Rechte gegen die fremden Usucapienten verfolgen könne[10]), war aber diese Zeit verflossen, so war auch sein Anspruch gegen diese Letzteren vernichtet, sie waren jetzt selbst **heredes** geworden. —

Indessen bleibt hiebei noch immer zweifelhaft, wie das Verhältniß solcher mehrerer Personen gewesen sein möge, welche alle durch den Besitz einzelner Erbschaftstheile das Erbrecht usucapirt hatten. Die Quellen verlassen uns hier ganz, aber eine Fortentwicklung aus dem bereits Gesagten wird doch vielleicht das Richtige treffen lassen.

Es war, um das Erbrecht zu ersitzen, nicht nöthig, daß man die ganze Erbschaft in Besitz genommen habe, aber

---

8) Gaius epit. II. 1. §. 1. in fin. — Sed et res hereditariae, antequam aliquis heres existat ...... in nullius bonis esse videntur. — Es kann hier die Ansicht nicht erörtert werden, daß die Theorie von der Persönlichkeit der hereditas jacens erst nach der Aufhebung der pro herede usucapio durch Hadrian aufgekommen sei.

9) Es muß weiter unten noch besonders dargethan werden, daß, indem man die hereditas für herrenlos erkannte, sie dadurch doch nicht gleich mit der Occupation ins Eigenthum gebracht werden konnte, sondern erst noch der Usucapion bedurfte; und wenn dies nicht richtig wäre, so wüßte ich nicht, wie man für das Institut der pro herede usucapio eine genügende Erklärung aufzustellen vermögte.

10) Die Darstellung dieser Rechte des wahren heres gegen den pro herede Usucapirenden wird den Inhalt der folgenden §§ ausmachen.

umgekehrt ist die Frage, ob dies ersessene Erbrecht ein ausschließliches oder noch andere Erben zulassendes gewesen sei? Wenn Jemand in der That den Besitz der gesammten Erbschaft erlangt hatte, so wird nicht geläugnet werden können, daß hier auch das Erbrecht ein ausschließliches gewesen, daß er allein den Pontifen und Creditoren gegenüber gestanden habe. Aber das Vermögen konnte ja sehr zerstreut worden sein, Jener hatte einen größeren, dieser einen geringeren Theil desselben, Andere endlich vielleicht nur einzelne Sachen sich zugeeignet. Nach der allgemeinen Rechtsregel waren doch alle zum Erbrechte gelangt, und so würde es nicht allein ganz unjuristisch gewesen sein, sondern auch eine große Unbilligkeit involvirt haben, wenn man etwa annähme[11]), daß nur der den Pontifen und Creditoren habe haften müssen, welcher den größeren Theil des Vermögens erhalten habe. Denn wenn dieser allein Schulden und **sacra** bezahlen müßte, so gingen ja die übrigen Usucapienten frei aus, während sie doch auch, nach der Rechtsregel, als **heredes** dazu verhaftet waren. So bleibt also kein Ausweg als die Annahme, daß die einzelnen Besitzergreifenden in demselben Verhältniß an den **sacra** und der Schuldenzahlung Theil nehmen mußten, wie sich der Werth der in Besitz genommenen Sachen zu einer Quote des ganzen Vermögens berechnen ließ. Wer also z. B. Sachen im Werthe von $1/10$ der Erbschaft sich angeeignet hatte, mußte auch $1/10$ der Schulden und der Kosten für die **sacra** tragen[12]).

---

11) Dazu könnte leicht eine Stelle des Cicero (**de legg. II. 19**) verleiten, wo von dem die Rede ist, **qui de bonis, quae ejus fuerint, quum moritur, usuceperit plurimum possidendo.** Die richtige Erklärung wird unten gegeben werden.

12) Wiederum sind wir hier im Unklaren, ob man das Vermögen nur als Inbegriff der körperlichen, also des Besitzes fähigen, Sachen aufgefaßt habe; wie also die Erbschaftsforderungen behandelt worden seien. Man könnte glauben, daß sie in demselben Verhältniß wie die Schulden unter die Usucaptoren repartirt worden seien. Aber jedenfalls werden wir bei der späteren Gestalt der **pro herede usucapio** (s. S. 24) finden, daß der nicht zahlende Erbschaftsschuldner selbst als seine Schuld ersitzend angesehen wurde, woraus

Hiernach läßt sich auch die Concurrenz des wahren heres mit einem oder mehren Usucaptoren festsetzen. Hatte nämlich jener etwa die Hälfte der Erbschaft wirklich in Besitz genommen, und ein fremder die andere Hälfte ein Jahr lang besessen, so war dem eigentlich berufenen heres sein Erbrecht jedenfalls nur zur Hälfte entzogen, und beide mußten wie zwei nach den 12 Tafeln nebeneinander berufene Erben den Pontifen und Creditoren gerecht werden.

§. 5. Was sich allenfalls über das dem pro herede Ersitzenden verliehene Recht mit einiger Bestimmtheit sagen läßt, ist hiermit dargestellt worden. Es bleibt noch die Frage übrig, wie der wahre heres, dem jetzt eine Deliberationsfrist gestellt war, damit er zur früheren Antretung der Erbschaft gebracht werde, — wie er, sobald er nicht säumig war, sich vollkommen gegen die Eingriffe Dritter schützen konnte; denn da wir aus Gaius sehen, daß das ganze Institut nur um der nachlässigen heredes willen eingeführt sei, so müssen doch dem sorgsamen heres, der sich unter die gesetzte Frist bequemte, Mittel und Wege offen gestanden haben, völlig ohne Schaden davon zu kommen.

Vor Allem muß untersucht werden, ob sämmtliche, von den 12 Tafeln Gerufenen, dem Usucapirenden gegenüber, durchaus gleichgestellt waren. Die testamentarischen Erben waren, wenn sie nicht schon in die hundert Cretionstage eingeschlossen wurden, jedenfalls doch der in der pro her. us. liegenden Deliberationsfrist unterworfen, und dieselbe Beschränkung trat auch bei den ab intestato gerufenen Agnaten und Gentilen ein. — Aber der suus? Wenn man die obige Darstellung über sein unwillkührliches und gezwungenes Erbewerden mit dem Princip der pro herede usucapio vergleicht, welche eingeführt wurde, „ut maturius hereditates adirentur“ — so scheint es auf den ersten Blick unmöglich, daß die pro herede usucapio gegen den suus habe gerichtet werden können. Wer

---

eben so wie schon oben (obgleich hier nicht so sicher) ein Schluß auf die frühere Gestalt der pro her. us. gezogen werden kann. Danach hätte der Erbschaftsschuldner selbst pro rata den Pontifen und Creditoren haften müssen.

ganz ohne sein Zuthun die Erbschaft immer von selbst erwirbt, wie kann er noch gezwungen werden, rascher die Erbschaft anzutreten, wie kann er also Vermögensnachtheilen unterworfen werden, zu denen die Veranlassung fehlt?

Indessen müssen sich dem genauer Betrachtenden noch folgende Bedenken aufdrängen. Durch die **pro herede usucapio** soll allerdings der **heres** zur Antretung der Erbschaft bewogen werden, aber nicht bloß zu der formellen, wie etwa dem Aussprechen der solennen Cretionsworte, sondern er soll auch diese seine Willenserklärung durch Thaten äußern, sich des Vermögens annehmen. Wer sich nicht in den Besitz des Erbschaftsvermögens zu setzen sucht, dem scheint es auch mit seiner Erklärung, antreten zu wollen, kein rechter Ernst zu sein, so daß man auch eine bereitwillige Prästation der **sacra** und Zahlung der Erbschaftsschulden nicht von ihm voraussetzen kann. Deßhalb nahm man an, daß noch nicht die bloße Erklärung der Erbschaftsantretung die **pro herede usucapio** unmöglich mache, sondern erst die aus dieser Erklärung folgende Thätigkeit, also die Besitzergreifung der Sachen [1]), oder wenn sie schon von Anderen in Besitz genommen waren, ihre Zurückforderung.

Nun aber kann doch beim **suus** durch das Gesetz nur die formelle Erklärung der Antretung supplirt werden, die thatsächliche Aneignung muß von ihm selbst ausgehen, da man aber auch diese erforderte, so scheint doch die Annahme wohl nicht so unmöglich, daß sich die **pro her. us.** auch auf den **suus** bezogen habe. Und wenn man bedenkt, daß die Gründe, welche den **suus** bewegen konnten sich von der Erbschaft fern zu halten, später den Prätor sogar zur Aufstellung eines eigenen Rechtsinstitutes, des **beneficium abstinendi**, veranlaßten, so wird man es nicht unwahrscheinlich finden, daß in früherer Zeit der Fälle genug vorgekommen sein mögen, in denen der **suus** sich factisch zu entziehen suchte, um sich auch gegen die erbschaftlichen Lasten enschuldigen zu können. Alsdann mogte es denn doch sehr empfehlenswerth erscheinen, daß der Besitzer-

1) **Gai. II. 52. — si rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit.**

greifende von den Creditoren und Pontifen in Anspruch genommen werden könnte, obgleich freilich der der pro herede usucapio zum Grunde liegende juristische Satz, daß die bona hereditaria als herrenlos anzusehen seien, in diesem Falle durchaus nicht paßte.

Wenn schon durch diese Gründe es wahrscheinlich wird, daß auch der suus nicht frei war von den Nachtheilen der pro her. us., so wird dies denn auch durch Quellenzeugnisse bestätigt. — Wie schon oben gezeigt wurde, ist das Rechtsverhältniß des suus mit dem des servus, so weit es im Kreise der potestas liegt, ganz dasselbe; und wenn sich hier Verschiedenheiten finden, so können dies nur positive Bevorzugungen des filiusfamilias sein, welche von Anfang an nicht vorhanden waren. Vom servus nun sagt Gaius ausdrücklich, daß er der pro herede usucapio unterworfen war:

> II. 58. — Set necessario tamen herede exstante ipso jure pro herede usucapi potest.

Man könnte glauben, daß Gaius unter dem Ausdrucke necessarius heres auch den suus begriffen habe, indeß ist es wahrscheinlicher, daß er der gewöhnlichen Terminologie gefolgt sei, welche hiemit ausschließlich den servus bezeichnete [2]), und dann beweist die Auslassung des suus, daß er allerdings in späterer Zeit von der pro herede usucapio frei war, aber da das alte Recht noch immer für den servus bestehen blieb, müssen wir annehmen, daß es anfangs gleichmäßig auch für den filiusfamilias gegolten hatte.

Diese Argumentationsart, welche, wie ich glaube, in allen das Rechtsverhältniß des suus betreffenden Fällen, die richtige ist, findet sich nun für die pro herede usucapio ausdrücklich in unseren Quellen bestätigt:

> l. 2. C. de usuc. pro her. (7. 29) — Nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus existentibus, magis obtinuit.

Also man muß doch früher auch anderer Meinung gewesen sein, ehe die hier vorgetragene Ansicht die herrschende wurde.

---

2) Ulpian. fr. XXII. 24.

Da an einen Schulstreit und überhaupt eine Controverse der späteren Juristen nicht wohl zu denken ist, so werden wir die Worte **magis obtinuit** so verstehen dürfen, daß früher die entgegengesetzte Ansicht herrschend war, welche dann, vielleicht nach einigem Schwanken, von der dem **suus** günstigeren verdrängt wurde.

Die Gründe, aus denen die **pro herede usucapio**, als sie nur noch eine Ersitzung einzelner Erbschaftssachen gewährte, sehr leicht zu Gunsten des **suus heres** für unanwendbar erklärt werden konnte, wird sich der geneigte Leser aus dem Gesagten leicht construiren können.

§. 6. Die Art, wie sich der von den 12 Tafeln Berufene gegen die **pro herede usucapio** schützen konnte, lag, wie bereits angegeben ist, nicht bloß darin, daß die Acquisition der Erbschaft bei ihm feststand, sondern er mußte sich auch den Besitz der Erbschaftssachen verschaffen, wodurch dann die **usucapio** für immer ausgeschlossen wurde, da durch Besitzergreifung sie in des Erben volle Herrschaft übergegangen waren, also nicht mehr für herrenlos gehalten werden konnten (s. §. 5. Note 1.). Hatte dagegen Jemand Erbschaftssachen in Besitz genommen, deren Besitz der **heres** noch nicht gehabt, so mußten ihm diese Sachen innerhalb des Jahres gerichtlich abgefordert werden, wenn nicht die Wirkungen der **pro herede usucapio** eintreten sollten.

Diese Klage gegen den **pro herede** Usucapirenden ist die **hereditatis petitio**, und ich glaube darthun zu können, daß dieselbe überhaupt erst mit dem Institute der **pro herede usucapio** entstanden sein kann.

Es ist bereits genügend von Anderen hervorgehoben worden, daß die **hereditatis petitio** nicht direct eine Forderung auf Herausgabe des Erbschaftsvermögens enthalte, sondern daß man damit hauptsächlich die Anerkennung seines Erbrechtes, der ideellen **hereditas** fordere (**hereditatem meam esse**), woraus dann nur mittelbar von selbst folgt, daß der Beklagte die Erbschaftssachen, durch deren Besitz er das Erbrecht des Klägers verletzt, herausgeben müsse [1]). — Eine solche Klage aber

1) S. hauptsächlich Arndt's Beiträge 1. Heft S. 18 u. ff.

scheint mir schon nach dem im Anfange des §. 2. Erwähnten, für die Zeit vor Einführung der **pro herede usucapio** gar nicht möglich.

Wenn ein nach den 12 Tafeln Berufener die Erbschaft wirklich antritt, so war es durchaus nicht möglich, daß je noch ein späterer Grad oder eine spätere Klasse zur Erbschaft gelangte. Aber auch wenn er nicht antrat, und seine Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung der **hereditas** zweifelhaft ließ, so konnte doch wegen des Mangels der Deliberationsfristen niemals ein Anderer das Erbrecht erwerben. Die Delation des Erbrechts enthielt also ein streng an seine Person geknüpftes, von ihr nur durch eigenen Willen trennbares Recht [2]). So lange also diese Person vorhanden war und noch nicht ausdrücklich verzichtet hatte, waren die Sachen allerdings **res nullius**, aber doch nicht solche, die von einem Jeden hätten occupirt werden können, die vielmehr nur beim Vorhandensein eines **justus titulus** sich usucapiren ließen (s. §. 2. zu Note 2.). Jeder Andere, sei er Einer, der später hätte berufen werden können oder nicht, mogte er noch so lange noch so viel Erbschaftssachen besitzen, konnte doch nie Erbe werden, nie also das Erbrecht des wahrhaft Berufenen verletzen. Nur sein Eigenthumsrecht war, nachdem er die Erbschaft in der That angetreten, in Gefahr, durch den Besitz Anderer verloren zu werden, also nur darauf konnte denn auch seine Klage gehen; m. a. W. vor der **pro herede usucapio** können für die Einforderung der Erbschaftssachen nur Vindicationen bestanden haben, ebensogut wie man nicht zweifeln wird, daß der nicht zahlende Erbschaftsschuldner nur mit der persönlichen Klage, die sich schon vom Erblasser herschrieb, zu belangen war, daß von einer **hereditatis petitio** gegen ihn nicht die Rede sein konnte.

Dies Alles mußte sich seit Einführung der **pro herede usucapio** umgestalten. Jetzt lag in dem Besitze einer Erb=

2) Es ist sehr die Frage, ob nicht sogar anfangs auch im Falle der Repudiation (oder, was dem gleich steht, des Todes) des berufenen Erben eine graduum oder ordinum successio ganz allgemein verboten gewesen sei. S. unten §. 22. 23.

schaftssache, selbst wohl im Nichtzahlen einer Erbschaftsschuld (s. §. 4. Note 12) eine Anmaßung des Erbrechts, welches durch Ablauf eines Jahres erworben wurde, und wenn man auch annahm, daß der daraus dem **heres** entstandene Schaden eine wohlverdiente Strafe seiner Säumigkeit sei, so mußte doch die Rechtsänderung wieder dadurch ins Gleichgewicht gebracht werden, daß es ein Rechtsmittel gebe, welches von dem Nichtsäumigen allen möglichen Nachtheil ferne hielte. Aber konnte man zu diesem Zweck die bisherigen Vindicationen und persönlichen Klagen für genügend erachten?

So sehr der juristische Sinn in dieser alten Zeit noch im Argen gelegen haben mag, so mußte hier doch auch der gewöhnlichste Verstand den Mangel erkennen. Wenn bisher der **heres** Sachen und Forderungen eintrieb, so war es ihm um nichts als eben um diese Sachen und diese Forderungen zu thun. Jetzt stand etwas Höheres auf dem Spiel; er mußte nicht bloß klagen, damit nicht die einzelnen Gegenstände durch eine gewöhnliche (unter den Regeln des **justus titulus** stehende) Usucapion verloren gingen, er mußte klagen um mit der Herausgabe der Sachen zugleich die Usucapion der ideellen **hereditas**, des Erbrechtes zu vernichten. Also mit einer und derselben Klage hatte er zwei verschiedene Ansprüche durchzusetzen, von denen der letztere, auf welchen doch die Eigenthumsklage gar nicht direct gerichtet wurde, bei weitem der wichtigste war. Und eben weil sein Hauptzweck unmittelbar sich gar nicht in der Vindication aussprach, sondern nur indirect durch dieselbe erlangt ward, so konnte der **heres** ohne das geringste Verschulden und Versäumniß doch den Schaden erleiden, den er verhindern wollte. Konnte er wissen, welche Sachen gerade sich im Besitz dieses seines Gegners befänden? Durch die Unrechtlichkeit desselben konnte er getäuscht sein, und wenn er nicht alle Sachen von ihm abgefordert hatte, so wurde dennoch mit Hülfe der zurückgebliebenen Theile der Erbschaft die **hereditas** ersessen.

Jedermann mußte einsehen, wie hier abgeholfen werden könne und müsse. Man brauchte nur das bisherige Verhältniß umzukehren. Während man seither durch persönliche Klagen und Vindicationen das Erbschaftsvermögen, also die

reelle hereditas, eingeklagt hatte, so brauchte man jetzt nur eine Klage zu geben, welche direct auf die in Gefahr schwebende ideelle hereditas, das Erbrecht gehe. Dieses mußte vor Allem erst vom pro herede Besitzenden anerkannt werden, damit der größten Gefahr vorgebeugt werde; nach dieser Anerkennung aber verstand es sich dann ganz von selbst, daß der Beklagte nun auch alles Erbschaftsvermögen insgesammt herausgeben mußte, das er ja von jetzt ohne alle causa besitzen würde.

Eine solche Klage aber, wie sie hier unumgänglich nöthig wurde, ist gerade die hereditatis petitio ganz unzweifelhaft [3]), und somit ist denn auch der Beweis geliefert, daß diese erst aus dem Institute der pro herede usucapio hervorgegangen sein kann.

Es leuchtet ein, daß diese Abhängigkeit der hereditatis petitio von der pro herede usucapio für das Verständniß der weiteren Entwicklung der Erbschaftsklage von wesentlicher Bedeutung sein muß, indem nun gleich von vorn herein zu vermuthen ist, daß eine jede Veränderung der pro herede usucapio auf die hereditatis petitio nothwendig zurückwirken, und dieser eine andere Gestalt geben mußte. Manches davon soll im Folgenden erwähnt werden.

Gleich hier ist indeß noch das Beklagtenverhältniß bei der her. pet. etwas genauer festzustellen, weil es mit dem Ursprunge dieser Klage in engem Zusammenhange steht. Die Behauptungen des mit der her. pet. belangten Erbschaftsbesitzers können folgende sein:

---

3) fr. 1. §. 10. de her. pet. — Itaque qui ex asse vel ex parte heres est, intendit quidem (d. h. der eigentliche Zweck seiner Klage ist) hereditatem suam esse (d. h. Anerkennung seines Erbrechts) totam vel pro parte, sed hoc solum ei officio judicis restituitur, quod adversarius possidet, aut totum si ex asse sit heres, aut pro parte, ex qua heres est. cf. fr. 3. eod.

1) er selbst sei Erbe. — Führt er hier denselben Delationsgrund wie der Kläger an, und läugnet den des Klägers nicht, so behauptet er sein Miterbrecht, und alsdann schlägt der Proceß in das Gebiet des **judicium familiae herciscundae**. Behauptet er dagegen sein alleiniges Erbrecht, so kommt es auf den Beweis an. Siegt darin der Beklagte, so verletzt er ja gar nicht den (unberechtigten) Kläger, da er, der Beklagte, selbst der Erbe ist, also nicht bloß **pro herede** usucapirt. Siegt aber der Kläger im Beweise, so muß der Beklagte weichen, dem sein Glaube und seine Angabe, er selbst sei der Erbe, gar nichts hilft. Freilich wird er nicht als **improbus possessor** angesehen, da ihm eben aus dem Institute der **pro herede usucapio** die Berechtigung ertheilt ist, die Erbschaft in Besitz zu nehmen. Weil aber das Recht, auf das sich der Beklagte hier in der That stützt, nichts als die **pro herede usucapio** ist, so muß er denn auch vor dem im ersten Jahre des Besitzes klagenden **heres** zurücktreten.

2) Es braucht indeß der Beklagte sich auch gar nicht auf einen wahren Delationsgrund der **hereditas** zu stützen, sondern er kann lediglich sich auf die **pro her. us.** berufen. Er gesteht also von vorn herein zu, daß er darauf ausgehe, die **hereditas** zu ersitzen, was der Kläger nicht hindern könne, als bis er sein wahres Erbrecht beweise. Gelingt nun diesem der Beweis nicht, so ist der **possessor** gar nicht gestört, gelingt er ihm, so hört alles Recht des **possessor** auf.

Wir haben hier also zwei Arten von Beklagten, gegen die allein die **hereditatis petitio** angestellt werden kann. Sie unterscheiden sich nach den Behauptungen, die sie im Erbschaftsproceß vorbringen, aber beide sind dem wahren materiellen Rechte nach, welches ihnen zur Seite steht, offenbar ein und dasselbe, sie sind gleichmäßig **pro herede** Usucapienten. Daß im Proceß der Eine irrthümlich etwas behauptet, was der Andere gar nicht unternimmt, kann in der Art der Beweisführung eine Aenderung hervorbringen, aber auf ihr rechtliches Verhältniß, wie es wirklich ist, hat es gar keinen Einfluß. Allerdings war jener Unterschied der anfänglichen, im Verlauf des Processes aber auf dasselbe hinauslaufenden Behauptungen der Beklagten wichtig genug, um beide Fälle durch verschiedene Aus-

drücke zu unterscheiden. Man nannte den, der selbst Erbe zu sein behauptete, den **pro herede possessor**, der dies nicht that, den **pro posessore possessor**, aber daraus darf nicht abgeleitet werden, daß, so lange überhaupt die **pro herede usucapio** nicht verboten war[4]), daraus irgend ein rechtlich verschiedenes Verhältniß für beide Arten der **possessores**, namentlich bei der Restitution der Erbschaft hervorgegangen wäre. Die **pro herede usucapio** war bis auf Hadrian keine rechtlich **improba**, erst seit diesem Kaiser können die Unterschiede des **bonae** und **malae fidei possessor** aufgekommen sein. Ueberhaupt aber sehen wir, daß die obige Terminologie von **pro herede** und **pro possessore possessor** in der früheren Zeit gar nicht feststehend gewesen ist, indem auch noch von Gaius die **possessio** dessen, **qui scit alienam rem se possidere**, eine **pro herede possessio** genannt wird. Ebenso muß man also auch einen solchen Besitzer **pro herede possessor** genannt haben[5]).

II. Das successorium edictum.

§. 7. Den Mängeln, welche aus dem ursprünglichen Nichtvorhandensein von Deliberationsfristen hervorgegangen waren (s. oben §. 2.), wurde allerdings durch das Institut der **cretio** und **pro herede usucapio** theilweise abgeholfen.

Der Satz, daß keine folgende Klasse der früher berufenen, nicht antretenden, succediren könnte, wurde für die testamentarische Erbfolge durch die **cretio** verändert, indem darin die Möglichkeit der Substitutionen, also verschiedener auf einander folgender Grade, gegeben war. Bei der Intestaterb-

---

4) Also bis auf Hadrian. Gai. II. §. 57.

5) Gai. II. 52. — quae species possessionis (et usucapionis) pro herede vocatur. Gaius versetzt sich in den §§. 52—54. absichtlich in die Zeit vor Einführung des Hadrianschen Senatusconsultes zurück.

folge dagegen blieb freilich die Regel, daß keine **successio** unter den drei Klassen statt finde, unverändert bestehen, wurde aber doch dadurch wesentlich modificirt, daß jetzt die spätere Klasse, wenn sie den Besitz der Erbschaftssachen erlangt hatte, durch die **pro herede usucapio** den früher Berufenen ausschließen konnte, und es leuchtet doch ein, daß die Agnaten oder Gentilen, wenn der vor ihnen Stehende sich der Erbschaft nicht annahm, stets am leichtesten in der Lage sein mußten, das Vermögen in Besitz zu nehmen, so daß also der Vortheil der **pro herede usucapio** in der Regel diesen schon nach den 12 Tafeln gerufenen späteren Klassen zugekommen sein wird.

Aber dabei ist gleich hervorzuheben, daß sie diesen Vortheil doch nie als schon von den 12 Tafeln berufene Erben hatten, sondern rein aus dem **factum** der Besitzergreifung ableiteten; es war dem Zufall anheimgestellt, ob ihnen die Besitznahme möglich sein werde. Einen Rechtssatz, daß die civilrechtlichen **ordines** einander succediren sollten, gab es noch gar nicht. —

Ueberhaupt scheint die Frage, wer am zweckmäßigsten als **heres** eintreten solle, sobald die erste Delation der Erbschaft fruchtlos gewesen sei, die Römer anfangs wenig beschäftigt zu haben, sie erkannten noch nicht genug die bedeutende Mangelhaftigkeit ihres Rechtszustandes, sonst würden sie derselben schon auf andere Weise als durch die **pro herede usucapio** abgeholfen haben. Vielmehr wurde von ihnen nur der zweite oben (§. 2.) erörterte Uebelstand in Betracht gezogen, welcher auch offenbar mehr geeignet ist, selbst dem wenig über die Zweckmäßigkeit des positiven Rechts Nachdenkenden ins Auge zu fallen. Weil Pontifen und Creditoren nicht wußten, an wen sie sich halten sollten, deßhalb ist, wie Gaius ausdrücklich sagt und wir es nicht bezweifeln dürfen, die **pro herede usucapio** eingeführt, und derselbe Grund wird auch schon früher zur Reception der **cretio** gewirkt haben. Die zweckmäßigere Regulirung der **successio** unter denen, an welche sich Creditoren und Pontifen zu wenden hatten, blieb einer späteren Zeit vorbehalten.

Abgesehen hievon ist es nicht schwer, in dem Institute

der **pro herede usucapio**, — welches ja nun alle Erbschaftsfälle beherrschte, mogte noch eine Cretionsfrist hinzutreten oder nicht — noch folgende sehr bedeutende Schwächen zu erkennen.

1) Es wurde dadurch offenbar die Zersplitterung der Erbschaft ganz außerordentlich befördert. Wer auch nur eine Sache aus der **hereditas** besaß, ja vielleicht sogar der Schuldner, welcher nicht zahlte, usucapirte die **hereditas**, das Erbrecht, zu einem solchen Intellectualtheile, als sich die Sache oder die Schuld zu einer Quote des Vermögens berechnen ließ. Dadurch aber mußte es den Pontifen und Creditoren bisweilen sehr schwierig werden, ihre Forderungen durchzusetzen, so daß also doch das Institut, das um ihrentwillen eingeführt war, ihnen wenig Trost gewährte.

Freilich muß man nicht glauben, daß dergleichen bei den verschiedenen Erbfällen das Gewöhnliche gewesen sei. Es ist zu natürlich, daß nach dem Tode eines Menschen diejenigen, welche ihn noch in den letzten Augenblicken umgaben, also sein Ehegatte, seine Verwandten, sogleich Besitz von seinem Vermögen nehmen, als daß man hier an ein häufiges Zusammenströmen fremder Besitzergreifender, und gar an Streitigkeiten derselben bei der Besitznahme denken könnte. Aber dergleichen war doch immer einmal möglich, je nach den Umständen, in denen der Erblasser gestorben war, und schon diese Möglichkeit einer völligen Zersplitterung des Vermögens, so selten sie sich auch wirklich ereignen mogte, und überhaupt die völlige Unsicherheit, welche Personen der Zufall ihnen gegenüberstellen würde, mußte die Creditoren und Pontifen auf den Gedanken führen, daß sich doch ein sehr viel besseres Institut zu ihrem Schutze denken lasse, als den ihnen die **pro herede usucapio** gewährte.

2) Dazu gesellte sich aber noch ein anderes Bedenken. — So einfach an sich auch die Argumentation war, auf welche man die **pro herede usucapio** basirte (s. §. 4 zu Note 4.), so mußte man doch wohl bald darauf kommen, daß sie eine unnatürliche, ja völlig unjuristische sei. Man wollte eine Usucapion der ideellen **hereditas**, also einer unkörperlichen Sache haben, aber wie wollte man es rechtfertigen, daß der Besitz,

der zu dieser Ersitzung führen sollte, in dem Besitze einer einzelnen Erbschaftssache läge? Man sollte das Eine besitzen, und gar nicht eigentlich dies, sondern etwas ganz Anderes ersitzen, was namentlich auffallen mußte, wenn Jemand einen einzelnen **fundus** aus der Erbschaft besaß, wodurch er nach Ablauf eines Jahres die **hereditas** und hierdurch wieder den **fundus** ersaß, welcher an und für sich eines Besitzes von zwei Jahren bedurft hätte. Das widerstritt doch zu sehr der Regel, daß die Usucapion nur so weit gehe, als die **possessio** gereicht hatte!

Ferner aber mußte die Schwierigkeit der Berechnung sehr gegen die Anwendung des ganzen Institutes sprechen. Der Usucapirende kann unmöglich, wie schon oben erörtert ist, eine größere Quote der **hereditas** usucapirt haben, als wie das Verhältniß der von ihm in Besitz genommenen Sachen zum ganzen Vermögen betrug. Aber diese Feststellung mußte doch offenbar wenn das Vermögen mehrfach zersplittert war, wenn man dessen Größe nicht genau kannte, eine sehr schwierige und weitläuftige werden, bei der die Betrügung der Creditoren und Pontifen den Usucapienten sehr leicht gemacht war. —

Mag es lange oder kurz gedauert haben, endlich mußten doch diese Gründe die Aufhebung der **pro herede usucapio** herbeiführen [1]), aber wir sehen aus Gaius, daß man nur das hauptsächlich Unjuristische davon aufgegeben, dagegen das Uebrige durchaus hat bestehen lassen.

Die Worte des Juristen sind folgende:

II. 54. — Quamvis autem postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo teneantur, annua usucapio remansit.

Das ist also die zweite Periode, welche man bei der **pro**

1) Aus welcher Quelle sie überhaupt eingeführt sei, wird sich schwerlich ausmitteln lassen. Wenn eine eigene lex darüber aufgestellt wäre, so würde doch Gaius dies wohl nicht unerwähnt lassen. Aber von der anderen Seite sollte man kaum glauben, daß ein solches Institut aus der Interpretation der Rechtskundigen habe hervorgehen können.

herede usucapio unterscheiden kann. Die hereditas selbst, das Erbrecht, wird nicht mehr usucapirt, sondern nur noch die einzelnen Erbschaftssachen, so daß man also das Grundprincip, daß der Nachlaß etwas Herrenloses und Occupirbares sei, noch durchaus beibehielt [2]).

Aber daraus erhellt auch gleich, daß nun mit der pro herede usucapio gar nicht mehr der Zweck erreicht wurde, um dessentwillen sie eingeführt worden, daß sie also von jetzt an nur noch als ein zweckloser Rechtssatz fortbestand, welcher ebendeßhalb in das organische Ganze des Rechtes störend eingreifen mußte [3]), und es läßt sich nur aus dem Römischen Charakter erklären, daß in dieser Gestalt das Institut so lange Zeit noch gegolten hat, indem man bestehendes Civilrecht, sobald es nur nicht durchaus widersinnig war, nicht gern aufhob, und lieber nur indirect durch Prätorische Institute paralysirte. Ob dies nicht auch in unserem Falle eingetreten sei, wird an seinem Orte noch besonders untersucht werden. —

Von der anderen Seite aber ist gleich hier ins Auge zu fassen, daß das Bedürfniß der Deliberationsfristen, aus dem die pro herede usucapio hervorgegangen war, jetzt, wo dasselbe durch diese nicht mehr befriedigt wurde, mit neuer Kraft wieder hervortreten mußte. Es waren also wiederum andere Institute zu dessen Abhülfe nothwendig, und wenigstens war man jetzt dadurch in einer vortheilhafteren Lage, daß die Erfahrung Belehrung darbot, und man mit einiger Ueberlegung leicht Rechtssätze aufstellen konnte, die den beabsichtigten Zweck besser erfüllten, als der frühere Versuch, welcher von der Gewandtheit der Römer in der Rechtsbildung kein großes Zeugniß giebt.

---

2) Auch aus dieser Art, wie das Institut durch die übereinstimmende Rechtsansicht einer späteren Zeit doch nur theilweise aufgehoben wurde, läßt sich vielleicht abnehmen, daß das Ganze sich nicht bloß auch auf eine Rechtsansicht, sondern wirklich auf eine lex gestützt habe.

3) Von jetzt an konnte sich allmählig die moralische Ueberzeugung bilden, daß es eine improba possessio et usucapio sei (Gai. II. 55); aber juristisch wurde sie erst improba durch die ausdrückliche Aufhebung des Gesetzgebers. Gai. II. 57.

Hiermit sind wir denn auf den Punkt gelangt, von dem aus sich eine richtige Ansicht über den Ursprung der bonorum possessio fassen läßt.

§. 8. Es ist oben angegeben, daß der heres für die sacra eben so gut haften muß, wie ihm auch die Zahlung der Schulden obliegt [1]).

Es darf nicht angenommen werden, daß ihm deßhalb diese Pflicht obgelegen habe, weil die reelle hereditas, das Erbschaftsvermögen, auf ihn gelangt sei. Man kann die sacra nicht als eine dingliche, mit diesem Vermögen verknüpfte Last ansehen, vielmehr sind sie wie die Erbschaftsschulden an die ideelle hereditas gebunden. Derjenige, welcher das Erbrecht erlangt, d. h. der in die Persönlichkeit des Erblassers eingetreten ist, muß für die sacra wie für die Schulden haften, mag er nun wenig oder viel aus dem Erbschaftsvermögen in Besitz bekommen haben. — Der Beweis hiefür liegt wieder in der älteren Gestalt der pro herede usucapio, von der Gaius so ausdrücklich sagt, daß sie um der sacra willen eingeführt sei. Denn wenn im alten Recht die sacra an das Vermögen geknüpft gewesen wären, so hätte man ja schon durch den Besitz der körperlichen Sachen dazu verpflichtet werden müssen, und also gar nicht nöthig gehabt, einen Besitz der ideellen hereditas daneben zu fingiren, um daran deren Usucapion zu knüpfen, und nun erst hieraus die Verpflichtung zu den sacra abzuleiten.

Es kann also der Satz wohl nicht bezweifelt werden, daß,

1) Nach dem im § 2 Gesagten haben vielleicht, was die sepulcra familiaria betrifft, die Familienglieder mit dem heres zu den sacra concurrirt. Es kann dies fernerhin von uns außer Acht gelassen werden, da aus dem Obigen jedenfalls erhellt, daß in vielen Fällen der heres gewiß allein, in allen Fällen er aber doch immer wenigstens zum Theil zu den sacra verpflichtet war. Es war also stets das Interesse der Pontifen; den heres zu kennen. Im Folgenden ist nur noch der Grund, aus welchem man den heres für verbunden hielt die sacra zu prästiren, genauer zu bestimmen, woraus sich erst die weitere historische Entwicklung erklären läßt.

so lange die **pro herede usucapio** in ihrer älteren Gestalt bestand, der **heres** nur deßhalb, weil er in die Persönlichkeit des Erblassers eintritt, wegen der **sacra** in Anspruch genommen werden konnte. Jetzt also, als man annahm, daß durch die **pro herede usucapio** nicht mehr das Erbrecht selbst ersessen werden könne, durften sich offenbar die Pontifen nicht mehr an den halten, der die Erbschaftssachen in Besitz genommen hatte. Es trat daher wiederum das Bedürfniß ein, daß, wenn der wahrhaft berufene **heres** nicht antreten wollte, andere Personen den Pontifen gegenüberständen. Wäre nun die Rechtsbildung im Kreise des Civilrechts so thätig gewesen, daß man gleich an die Stelle der alten **pro herede usucapio** ein anderes Institut gesetzt hätte, wodurch im Falle der Säumigkeit des **heres** ein Anderer als **heres** ihm succedirte, — so würden damit die Pontifen völlig zufrieden gestellt worden sein. Aber das Civilrecht ging nicht so raschen Schrittes, und dennoch war nach der Religiosität der Römer die Forderung der Pontifen eine so wichtige, daß sie nothwendig einer Sicherung bedurfte.

Es kann daher nicht auffallend erscheinen, daß das Pontifencollegium, welches ja überhaupt auf die Rechtsbildung so großen Einfluß gehabt hat, sich selbst Recht schaffte, daß es Rechtsregeln aufstellte, nach denen künftig die **sacra** prästirt werden sollten. Freilich konnten sie, was gleich bevorwortet werden muß, nicht einen Rechtssatz aufstellen, welcher dem der **pro herede usucapio** gleichgestanden hätte, d. h. sie konnten nicht an die Stelle des vom Civilrecht berufenen **heres** einen Anderen als **heres** constituiren, und nun hieraus die Pflicht zu den **sacra** ableiten, sondern sie konnten nur, unabhängig vom Rechte der **hereditas**, festsetzen: „**qui adstringantur sacris**“, — also das eigentliche Erbrecht konnte von ihnen nicht afficirt werden.

Dies sehen wir denn auch aus der berühmten Stelle des Cicero (**de legg. II. 19 u. ff.**), in welcher die rechtsbildende Thätigkeit der Pontifen genau beschrieben wird. Auf die Erklärung derselben muß nun noch genauer eingegangen werden [2].

---

2) S. vorzüglich darüber Savigny a. a. O. S. 363—380.

Nachdem Cicero in den schon oben besprochenen Worten gefordert hat, daß die **sacra perpetua** seien, fährt er folgendermaßen fort:

> **Hoc uno posito, haec jura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret; iis essent ea adjuncta, ad quos ejusdem morte pecunia venerit.**

Also damit nicht Fälle vorkämen, wo mit dem Tode des **paterfamilias** die **sacra** untergingen, stellten die Pontifen das Princip auf, daß jetzt diejenigen dafür haften sollten, an welche das Vermögen (**pecunia**) [3]) des Erblassers gelangte. Offenbar ist dies ein ganz neues Princip, denn nach der bisherigen Regel des Civilrechts, wie sie gewiß schon seit den 12 Tafeln anerkannt war, galt der **heres**, also wer in die ideelle **hereditas** eintrat, als dazu verpflichtet. So hebt denn auch Cicero nachher im c. 21. diese Verbindung der **sacra** mit der reellen **hereditas** noch ausdrücklich als einen lediglich aus der Autorität der Pontifen entstandenen Satz hervor:

> **sacra cum pecunia, pontificum auctoritate, nulla lege, conjuncta sunt.**

Hier mußten nun nothwendig, da das Vermögen in verschiedene Hände gerathen konnte, verschiedene Klassen aufgestellt werden, welche successiv, wenn Niemand aus der vorhergehenden Klasse vorhanden war, für die **sacra** verhaftet sein sollten.

Cicero führt zwei verschiedene Berechnungsarten dieser Klassen an, die ältere, welche nur drei Klassen enthielt, und dann die spätere zu seiner Zeit gebräuchliche, welche vom Pontifex Scaevola aufgestellt worden war.

Betrachten wir zuerst die anfänglich von den Pontifen proponirte:

> **— non ita descripta ab antiquis. Nam illi quidem his verbis docebant: tribus modis sacris adstringi,**

---

3) Schon Savigny a. a. O. Note 3 hebt diesen allgemeinen Sinn des Worts **pecunia** hervor.

1) hereditate,
2) aut si majorem partem pecuniae capiat,
3) aut si major pars pecuniae legata est, et inde quippiam ceperit.

Den Satz des Civilrechts, daß der heres für die sacra hafte, konnten die Pontifen unmöglich verläugnen, und so mußten sie nothwendig diesem die erste Klasse einräumen. Um so weniger konnten sie dabei ein Bedenken haben, da es auch mit ihrem Principe völlig übereinstimmte. Denn wer die ideelle hereditas hat, dem fällt ja auch die reelle von selbst zu. Es ist also nur das hiebei zu bemerken, daß jetzt verschiedene Gründe der Haftungsverbindlichkeit des heres bestehen. Nach dem Civilrecht haftet er, weil er in die Persönlichkeit des Erblassers eintritt, und nach dem neueren Principe der Pontifen auch deßhalb, weil auf ihn das Vermögen fällt.

Die zweite Klasse bilden nun die pro herede Usucapienten (—si majorem partem pecuniae [usu -] capiat). So lange die pro herede usucapio noch das Erbrecht selbst ertheilte, kann diese Klasse nicht bestanden haben, denn dann waren die Usucapienten selbst heredes, und gehörten schon unter die erste Klasse, bei der ja eine Unterscheidung, in welcher Art die hereditas deferirt werde, sich nicht findet. Und unmöglich dürfen wir doch vermuthen, daß die Pontifen hier zwei Klassen bloß aus theoretischer Genauigkeit unterschieden hätten, da doch praktisch der nach den 12 Tafeln Gerufene und der pro herede Usucapient durchaus auf gleicher Stufe standen, indem sie, gerade als heredes, den sacris abstringirt waren. Offenbar sollen in den verschiedenen auf einander folgenden Klassen die genannten Personen aus verschiedenen Gründen zu den sacris verpflichtet sein. Hier aber würde in beiden Klassen derselbe Grund vorhanden sein, was dem Sinne der Römer nicht angemessen ist, welche unnöthigen Distinctionen nicht eben geneigt waren.

Aber nicht allein eine unnöthige, sondern auch eine unrichtige Unterscheidung würde hier vorliegen, wenn in dieser zweiten Klasse der gemeint wäre, welcher noch die hereditas selbst hätte ersitzen können. Es ist oben gezeigt, daß ja auch

ein nach den 12 Tafeln gerufener Erbe mit einem pro her. Usucapienten concurriren konnte (s. §. 4 am Ende), woraus folgt, daß sie auch zusammen die sacra prästiren mußten. Hier aber ist von zwei Klassen die Rede, die erst eine nach der anderen in Betracht kommen [4]). Jenes Zusammentreffen Beider ist aber eine Folge des Civilrechts, welche abzuändern weder in der Macht noch im Interesse der Pontifen lag.

Damit ist der, wie mir scheint, nicht zweifelhafte Beweis geliefert, daß dieses ganze, wenn ich so sagen darf, successorische Edict der Pontifen erst aufgestellt sein kann, nachdem die zweite Periode der pro herede usucapio bereits begonnen hatte, d. h. nachdem darin nicht mehr eine Ersitzung der hereditas selbst, sondern nur der einzelnen res hereditariae lag. Und dies Resultat wird nun noch durch Folgendes bestätigt.

Die Scala der für die sacra Verhafteten ist, wie Cicero sagt, aus dem Principe aufgebaut, daß Jemand das Erbschaftsvermögen, die pecunia, erlangt haben müsse. Sobald die pro herede usucapio ihre zweite Gestalt annahm, war der Usucapient nach dem Civilrechte nicht mehr den Pontifen verbindlich, da er nicht mehr heres wurde. Es wird Niemand läugnen, daß zu Cicero's Zeit schon diese zweite Periode der pro her. us. bestand, und ebensowenig wird man es in Zweifel ziehen, daß nach jenem Principe der Pontifen auch der Usucapient der res hereditariae zu den sacra gezogen werden mußte. Also gefehlt haben kann er in der Scale der Pontifen unmöglich, und da er eben nicht mehr heres wurde, so kann er auch nicht in der ersten Klasse begriffen sein. Ist es daher anders möglich, als daß er gerade in dieser zweiten Klasse gemeint sei?

---

4) Es ist dies in der Umarbeitung des Scävola ausdrücklich hervorgehoben (Tertio loco, si nemo sit heres, is qui — — usuceperit), ohne daß ein Grund vorläge zu vermuthen, es sei damit etwas Neues aufgestellt.

Somit wird denn auch verständlich, daß nur der für verpflichtet erklärt wird, welcher den größeren Theil des Vermögens usucapirt habe. In der früheren Periode der **usucapio** kann dieser Satz nicht bestanden haben, indem damals nicht unmittelbar aus der Besitzergreifung von Erbschaftssachen, sondern aus der Erwerbung des Erbrechts die Pflicht zu den **sacra** abgeleitet wird, man also auch, da allgemein jeder Besitzergreifende die **hereditas** usucapirte, die aus dem Erbrechte **ipso jure** folgenden Verbindlichkeiten nicht beschränkt haben kann. (s. §. 4. Note 11.) Dagegen als jetzt die Pontifen den Usucaptor der einzelnen Erbschaftssachen zu den **sacra** verbindlich machten, war es sehr natürlich, daß sie, um Schwierigkeiten der Berechnung zu vermeiden, sich nur an den Besitzer des größeren Theiles des Vermögens halten zu wollen erklärten.

In derselben Art ist denn auch die dritte Klasse, die der Legatare, bestimmt, welche auch nur in Betracht kommen, wenn sie das Legat wirklich erhalten haben (**si inde quippiam ceperit**) [5]. —

Vergleichen wir nun mit dieser älteren Gestalt des Pontifenrechts die spätere Umarbeitung des Scävola. Es scheint von vorn herein einzuleuchten, daß Scävola für seine Person nicht die Macht hatte, die einmal feststehenden Rechtssätze in materiellen Punkten zu verändern, daß es nur eine wissenschaftliche Bearbeitung sein konnte, die das bereits im bisherigen Rechte Enthaltene durch Distinctionen und Umstellungen nur noch schärfer aussprach, und etwa noch mit dem Civilrechte, das sich seither geändert haben konnte, wieder in Einklang zu bringen suchte. Dies wird sich nun auch bei den einzelnen Fällen durchführen lassen, deren Scävola fünf aufstellt:

— quaeruntur enim qui adstringantur sacris.

1) Heredum causa justissima est, nulla est enim

---

5) **Ceperit** ist hier wohl nicht in der Bedeutung von **usuceperit** zu nehmen.

persona, quae ad vicem ejus, qui e vita emigraverit, propius accedat [6]).

2) Deinde, qui morte testamentove ejus tantundem capiat quantum omnes heredes.

3) Tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis, quae ejus fuerint, cum moritur, usucceperit plurimum possidendo.

4) Quarto, si nemo sit, qui ullam rem ceperit, de creditoribus ejus, qui plurimum servet.

5) Extrema illa persona est, ut is, qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, perinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit. Haec nos a Scaevola didicimus.

Das was gewiß zuerst einem Jeden auffällt ist, daß nach Scävola der Legatar die zweite Klasse bildet, während diese Stelle bisher der pro herede Usucapient einnahm, und man erkennt dies noch in Scävolas Umarbeitung wieder, indem seine dritte Klasse sich mit den Worten si nemo sit heres unmittelbar an die erste Klasse anschließt. Der Grund dieser Veränderung ist gewiß der, daß ja Legatare nur vorhanden sind, wenn auch ein heres da ist, daß nun aber beide, sobald nur der Legatar mit den Erben gleich viel erhielt, gemeinschaftlich zu den sacra concurriren mußten. Es ist also diese zweite Klasse gar keine ganz selbständige [7]).

Eine andere Veränderung in Betreff der Legatare bezieht sich auf die Größe des Legates. Bisher forderte man, daß es größer sei als der Antheil der Erben, jetzt nur, daß es ebensoviel betrage. Es ist dies unzweifelhaft aus der lex Voconia zu erklären [8]), welche überhaupt alle Legate über dies Maaß hinaus verbot. — Freilich bezog sich diese lex nur

6) Cicero hebt hier ausdrücklich den Grund hervor, aus dem schon nach Civilrecht die sacra prästirt werden mußten. Der heres ist dazu verpflichtet, weil er nicht bloß die pecunia erhält, sondern weil er in die Persönlichkeit des Erblassers eintritt.

7) Dies ist bereits von Savigny S. 367. hervorgehoben.

8) Savigny a. a. O.

auf die in der ersten Klasse censirten Bürger, aber indem nun Scävola danach seine Worte faßt, so war doch damit deren Anwendung auf die Testamente der nicht Censirten nicht ausgeschlossen. — Eine zweite Einwirkung der **lex Voconia** sieht man darin, daß, während die ältere Theorie der Pontifen nur von Legaten spricht, jetzt von allen **mortis causa capiones** die Rede ist [9]).

Dieser Punkt ist äußerst bedeutend, um für die ganze bisher dargestellte Rechtsentwicklung eine wenigstens ungefähre Zeitrechnung zu erlangen. Die **lex Voconia** ist vom Jahr 585, und muß doch später sein als die ältere von den Pontifen aufgestellte Scala. Da auch diese erst erlassen sein kann, seitdem die **pro herede usucapio** nur eine Ersitzung der **res hereditariae** gewährte, so folgt, daß die erste Periode der **pro herede usucapio** zwischen den 12 Tafeln (300) und dem Jahr 585 begonnen und aufgehört haben müsse. —

Abgesehen nun aber von dieser zweiten Klasse bieten die übrigen drei von Scävola aufgestellten mehrfache Schwierigkeiten dar. Wenn wir sie nämlich mit dem älteren Rechte vergleichen, so müssen doch alle drei zusammen dem correspondiren, was bisher allgemein durch die **pro herede usucapio** bezeichnet wurde. Es ließe sich dies aus dem Grunde in Zweifel ziehen, weil ja doch Scävola hier als Pontifex angeführt werde, also nur als Repräsentant und Sprecher des ganzen Pontifencollegiums anzusehen sei, welches gewiß seine früheren Rechtsbestimmungen wieder abändern, also auch jetzt zu der alten Stufenfolge neue Klassen hinzufügen konnte. Danach wäre es überhaupt eine unrichtige Prämisse, daß die drei letzten Klassen des Scävola genau das enthalten müßten, was man bisher ohne weitere Distinctionen mit den Worten: **si majorem partem pecuniae capiat** bezeichnet hatte.

Allein ich zweifle, ob diese Argumentation richtig sei. Einestheils ist davon bei Cicero keine Andeutung zu finden, und

---

9) Gai. II. 226. — postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent.

anderntheils mögte die Ciceronianische Darstellung derselben sogar positiv entgegenstehen. Er stellt beide Eintheilungsarten nebeneinander, unter denen er offenbar die Wahl läßt, und sich selbst mit den Worten „**sed pontificem sequamur**" zu der des Scävola bekennt, als einer der Sache angemesseneren. Damit ist aber doch ausgeschlossen, daß diese letztere wirklich neues Recht an die Stelle des alten gesetzt habe, denn dann war gar kein Zweifel, daß man ihr folgen müsse.

Dies wird denn auch durch die Rücksicht auf die drei einzelnen Fälle bestätigt. Der erste betrifft den ursprünglichen Begriff der **pro herede usucapio**, d. h. wo Jemand durch den wahren Besitz einer körperlichen Sache das Eigenthum derselben erlangt [10]). Allein man blieb bei diesem ursprünglichen Begriff nicht stehen, man gestattete auch eine fingirte **pro herede usucapio**, und als eine solche kündigt sich der dritte Fall selbst an, indem der nicht zahlende Schuldner: „**perinde habeatur, quasi eam pecuniam (usu -) ceperit**". Ist es nun wohl wahrscheinlich, daß während der erste und letzte dieser drei Fälle die **pro herede usucapio** betreffen, der mittelste sich auf etwas ganz Anderes bezogen haben soll? —

Aber dabei bleibt doch immer die Schwierigkeit, wie die Worte dieses mittleren Falles positiv zu erklären seien, welche von jeher ein Stein des Anstoßes gewesen sind [11]). Es muß

10) Deßhalb ist absichtlich in den Worten **qui ..... usuceperit plurimum possidendo** — dies Wort **possidendo** um des Nachdrucks willen ans Ende gestellt.

11) Die Literatur über diese Stelle s. bei Savigny S. 374 Note 23. — Derselbe bemerkt sehr richtig, daß die wortgetreue Uebersetzung der Stelle einen höchst bedenklichen Sinn gebe. Wie können die Römer darauf gekommen sein, zu den **sacra** den **creditor** zu verpflichten, welcher von seiner Forderung am meisten rettet, also nur den Zustand seines früheren Vermögens wiederherstellt? — Und auch als wortgetreu kann dieser Sinn nicht einmal gelten, da **servare**, wenn es retten heißt, nur das bedeutet, was man durch Zurückbehalten vor Untergang bewahrt. Hier aber behält der Creditor nichts zurück, sondern er verschafft sich etwas aus einem fremden Vermögen.

dem Urtheile der Kundigen überlassen bleiben, ob folgende Interpretation passend sei.

Servare heißt behalten, bewahren, zurückhalten, und das servet bildet gerade den Gegensatz von ceperit. Die eigentliche pro herede usucapio geschieht nur durch capere, Ergreifen, Wegnehmen von Erbschaftssachen, wogegen das Zurückbehalten von Erbschaftssachen nur als eine uneigentliche pro herede usucapio aufgefaßt werden kann, welche aber jenem Falle offenbar so nahe steht, daß man sie unbedenklich angenommen haben wird. In der Lage Erbschaftssachen zurückzubehalten, sind aber die Creditoren, denen solche zum Schutz ihrer Forderung als pignora in den Besitz gegeben waren. Dieselben konnten ja von bedeutend höherem Werthe sein, als ihre Forderung, und wenn man doch gewiß die pro herede usucapio dabei noch viel ehr zulassen durfte, als beim nicht zahlenden Schuldner, so ist auch umgekehrt gar kein Grund, weßhalb man nicht den usucapirenden Gläubiger, soweit der Werth der Sachen die Forderung überstieg, den sacris hätte verpflichten sollen.

Die Worte in diesem Sinne zu verstehen, hindert auch nicht, daß doch von pignora oder vom creditor pignoraticius darin gar nicht ausdrücklich die Rede ist. Es kommt unendlich oft in den Quellen der Ausdruck creditor für Pfandgläubiger vor [12]), namentlich wenn es sich aus dem Zusammenhange ergiebt, daß er Sachen des Schuldners in Besitz habe. Und

---

Savigny selbst erklärt die Stelle durch Streichung des „de", — so daß: qui creditoribus ejus plurimum servet den meistbietenden bonorum emtor bedeute, welcher durch sein Meistgebot den Creditoren ja auch das Meiste rettet. — Das Gezwungene dieser Ausdrucksweise fühlt er selbst, vermuthet aber darin eine Beziehung auf alte uns unbekannte Formeln, die beim Concurs gebräuchlich gewesen, und jedem Römer den Satz leicht verständlich gemacht haben mögen. — Nach unserer Erklärung von dem Inhalt der sacra könnte übrigens überhaupt nur von dem Falle die Rede sein, wenn das insolvente Vermögen eines Verstorbenen verkauft wird. — Im Texte ist eine Erklärung versucht, bei der auch die Streichung des de nicht nöthig ist.

12) S. z. B. fr. 19. pr. de damno inf. fr. 30. de noxat. act.

das ist doch hier offenbar der Fall, indem, wie schon bemerkt, das qui ullam rem ceperit, und qui plurimum servet absichtlich einander gegenübergestellt wird.

In dieser Weise hat Scävolas Schema einen vollkommenen logischen Zusammenhang. Man hatte zuerst bei der pro herede usucapio nur von dem gesprochen, der als ein Occupant die Erbschaftssachen ergreift. Erst mit der Zeit mögen sich die noch weiter ausdehnenden Fälle daran geknüpft haben, wo Jemand Sachen des Erblassers bereits in Besitz hat und nun retinirt, oder gar nur seine Schuld, also einen Gegenstand der gar nicht im Eigenthum des Erblassers gestanden hatte, retinirt. So wäre damit auch gerechtfertigt, was von vorn herein so sehr wahrscheinlich erscheint, daß nämlich diese drei Fälle des Scävola ganz an die Stelle dessen getreten sind, was man bisher im Allgemeinen mit: si majorem partem pecuniae capiat bezeichnet hatte.

Fassen wir die dargestellte Rechtsbildung der Pontifen jetzt kurz zusammen, so finden wir, daß nach einem neuen Grundprincipe eine Reihe von Personen den sacris successiv verpflichtet wurden, damit nicht aus der Umgestaltung der pro herede usucapio ein Schaden für die sehr wichtigen religiösen Gebräuche hervorgehe. — Man könnte bei dieser Rechtsbildung noch Eins vermissen. Die früheren Institute der cretio und der alten pro herede usucapio hatten, neben anderen Zwecken, auch diesen, daß die sacra bald geleistet werden sollten. Auch bei ihnen bildet der Satz, daß eine successio von Einer Person auf eine Andere Statt finden solle, den Hauptkern des Institutes, aber es ist daran noch eine bestimmte Frist geknüpft, nach deren Ablauf die successio eintritt, so daß also die cretio und pro herede usucapio wahre Deliberationsfristen enthielten. Dies nun scheint bei den hier besprochenen Regeln der Pontifen nicht der Fall zu sein, und doch war es ihr Interesse, daß nicht bloß sicher (denn das erreichten sie jetzt jedenfalls), sondern daß auch bald ihnen Jemand um der sacra willen gegenüberstände.

Jedenfalls leuchtet es ein, daß die Pontifen nicht Fri-

sten ansetzen konnten, nach deren Ablauf irgend Jemand des Rechtes, das er sich an der Erbschaft beilegt, verlustig gehen solle. Sie wollen ja überhaupt Niemand Erbrecht beilegen, und aus diesem Erbrecht eine Pflicht zu den sacra ableiten, sie lassen dasselbe vielmehr ganz außer Acht, und knüpfen die Last der sacra an den, welchem die pecunia zufällt. Also bei den Klassen, die sie aufstellen, und die auch nur für das Sacralrecht Bedeutung haben, konnte von Deliberationsfristen gar nicht die Rede sein; nur in der Art lassen sich Fristen hier denken: binnen welcher Zeit die Pontifen das Recht gehabt hätten, bei den verschiedenen successiven Klassen von der einen auf die andere überzugehen, so daß die spätere nicht mehr mit dem Vorhandensein einer früheren sich entschuldigen und den sacris entziehen konnte.

Daß nun in der That dergleichen Fristen bestanden haben, läßt sich leicht nachweisen. Was zuerst die (nach Scävolas Eintheilung) zweite Klasse betrifft, so ist oben gezeigt, daß, wenn sie überhaupt vorhanden war, sie mit der ersten zusammen an den sacra participirte. Für beide kann also auch nur dieselbe Frist gelaufen sein. — Ihnen gegenüber stehen die letzten drei Klassen wieder unter dem gemeinsamen Gesichtspunkte der pro herede usucapio, und darin liegt, daß die Pontifen sich an diese jedenfalls erst nach Ablauf eines Jahres halten konnten. Unter sich aber standen diese drei Klassen nicht in dem Verhältniß, daß die Pontifen erst nach Beendigung einer gewissen Zeit von der einen zur anderen übergehen konnten; denn für eine solche Annahme findet sich weder in der Ciceronianischen Stelle die geringste Andeutung, noch in der Sache selbst ein irgend haltbares Argument. Vielmehr kann es wohl nicht anders gewesen sein, als daß die Pontifen, wenn sich im ersten Jahre ein Erbe anfand, sich an diesen und den allenfalls neben ihm stehenden Legatar hielten, daß sie aber nach Ablauf dieses Jahres sich gleich an den Besitzergreifer, bei dessen Nichtvorhandensein an den Pfandgläubiger, und wenn auch ein solcher nicht da war, an die Erbschaftsschuldner wandten. Es läßt sich auch nicht gut denken, daß diese drei Usucapienten sich damit hätten entschuldigen können, daß jetzt nach Ablauf des Jahres noch ein heres erschienen sei, welcher nun

wenigstens doch an den sacra mit Theil nehmen müsse. Da einmal die Sacralpflicht an das Innehaben der pecunia geknüpft war, und da sie, die Usucapienten, davon jedenfalls den größten Theil in Händen hatten, so lag ihnen auch durchaus die damit verbundene Pflicht ob; und wenn man auch mit Rücksicht auf das frühere Civilrecht den heres vor Allen den sacris abstringirt erachtete, so konnten jene sich denselben doch auf keinen Fall ganz entziehen, vielleicht sogar hat man den heres, da er doch einmal den größten Theil des Vermögens verloren habe, von seiner Verbindlichkeit völlig freigesprochen.

§. 9. Die Pontifen hatten, wie nunmehr gezeigt ist, sich selbst geholfen, seitdem ihnen die spätere Gestalt der pro herede usucapio keinen Schutz für die sacra mehr gewährte; sie hatten dies auf dem Grunde eines Principes gethan, welches lediglich für ihren Zweck brauchbar, zu einer Ausdehnung für das Interesse anderer Personen nicht geeignet war.

So hatte namentlich bisher das Interesse der Erbschaftsgläubiger mit dem der Pontifen gleichgestanden, beide mußten nach der Regel des Civilrechts vom heres gleichmäßig befriedigt werden. Als daher die pro herede usucapio kein Erbrecht mehr ertheilte, hatten die Creditoren ebensowohl wie die Pontifen denjenigen verloren, an den sie sich stets halten konnten, wenn der eigentlich berufene heres sich der Erbschaft nicht annahm. Ebensowenig aber wie das neue an die Stelle tretende Recht der Pontifen für sie paßte, konnte auch von ihnen selbst irgend eine rechtsbildende Thätigkeit, um sich Schutz zu gewähren, ausgehen.

In Rücksicht auf die sacra hatte man sich es gefallen lassen, daß die Verpflichtung zu denselben nicht mehr aus dem Rechte des Erbeseins, der ideellen hereditas, sondern aus dem Innehaben des Vermögens, also der reellen hereditas abgeleitet werde, aber für die Bezahlung der Schulden konnte man dies unmöglich zugeben. Die sacra waren an die sepulcra geknüpft, bei diesen aber konnte man, als bei einer körperlichen Sache, kein Bedenken an einer Uebertragbarkeit derselben von einer Person auf eine andere finden. Bei Forderungen und Schulden aber war der allgemeine Satz, daß,

wenn sie überhaupt dieselben bleiben sollen, eine Uebertragung in eine andere Hand unmöglich sei. Eben deßhalb nahm man, um den heres in Forderungen und Schulden eintreten lassen zu können, ihn gar nicht als eine andere Person, sondern als Fortführer der Persönlichkeit des Erblassers an.

Darin liegt aber auch, daß es nicht möglich war, eine andere Person auszudenken, an die sich die Erbschaftsgläubiger in Ermangelung des eigentlichen heres hätten halten können. Wenn ihnen Schutz gewährt werden sollte, so mußte es ein Institut sein, das, ebenso wie die alte pro herede usucapio, im Falle der Säumigkeit des wahren heres einen Anderen, gerade in der Eigenschaft eines heres, in dessen Stelle succediren ließ. —

Indessen war dies Interesse der Creditoren keineswegs das Einzige, was eines besseren Schutzes und einer umsichtigeren Organisirung des positiven Rechtes bedurfte. Es ist oben (§. 2.) bereits hervorgehoben worden, wie aus dem Mangel von Deliberationsfristen und einer nach deren Verlauf eintretenden successio der folgenden Klasse der große Uebelstand hervor ging, daß überhaupt für diese folgenden Klassen nur ein höchst unsicherer Erbschaftserwerb möglich war. Allerdings wurde dem bereits durch die cretio und die pro herede usucapio halb und halb abgeholfen, indem jetzt doch der Testator mit Hülfe der auf die cretio gebauten Substitutionen mehre Klassen successive zur Erbschaft rufen, und auch wenn er dies unterlassen hatte, eine spätere Intestatklasse mit Hülfe der pro herede usucapio zur Erbschaft gelangen konnte (s. §. 7. im Anfange). Aber ich habe bereits bemerkt, wie diese Succession einer späteren Klasse in das Recht des voranstehenden, aber hinweggefallenen heres doch noch gar nichts Sicheres war, indem den späteren Klassen kein direct verfolgbares Recht der successio zustand, sondern sie vielmehr von dem zufälligen Factum der Besitzergreifung der Erbschaftssachen abhingen, worin ihnen jeder Dritte zuvorkommen konnte.

War also dies schon an und für sich ein höchst mangelhaftes Recht, so wurde dasselbe nun gar mit dem Beginn der zweiten Periode der pro herede usucapio ganz aufgehoben,

indem freilich eine spätere Klasse das Eigenthum der in Besitz genommenen Erbschaftssachen erlangen, nie aber eine eigentliche **successio** d. h. ein völliges Eintreten in das Recht des zuerst Berufenen in Anspruch nehmen konnte. Und es ist doch so äußerst billig, daß wenn einer früheren Klasse die Erbschaft vergeblich deferirt worden ist, dies ebenso angesehen werden müsse, als sei sie von Anfang an nicht vorhanden gewesen, daß also die spätere Klasse eintreten müsse, als wenn ihr gleich anfänglich die Erbschaft deferirt worden wäre. —

Aus diesen Gründen muß oft der Fall vorgekommen sein, daß wenn der Testator durch Substitutionen nicht vorgebaut hatte, das Vermögen erblos wurde, auch wenn noch aus den civilrechtlichen Erbklassen genug Personen vorhanden waren, w elchegern die Erbschaft erworben hätten. Es fragt sich, was nun die Creditoren gethan haben werden, die ganz schutzlos dastanden? Sie werden sich factisch selbst geholfen, und sich aus den **bona vacantia** bezahlt gemacht haben, auf welche in dieser Zeit ein Recht des Aerarium noch nicht bestand [1]). Dabei bildete sich ein gewisses vom Prätor geleitetes Verfahren, über welches endlich vom Prätor Rutilius bestimmte Regeln ins Edict aufgenommen wurden (ums Jahr 649.) [2]), wobei wir übrigens, wie schon mehrfach bemerkt worden ist [3]), vermuthen dürfen, daß dies Verfahren bereits geraume Zeit vor Aufnahme ins Edict in Gebrauch gewesen sei.

Diese Besitznahme der Güter mußte schon deßhalb verhaßt sein, weil dadurch der gute Name des Verstorbenen afficirt wurde, und wenn man bedenkt, wie nahe es lag, den angegebenen Uebelständen entgegenzutreten, kann es wahrlich nicht in Erstaunen setzen, wenn wir das helfende Rechtsinstitut nun in der That ins Leben eingeführt finden. —

§. 10. Die beiden im vorigen § dargestellten Rechtsmän-

---

1) Es ist dies erst durch die **lex Iulia** und **Papia** aufgekommen. **Ulp. XXVIII. 7.**

2) **Gai. IV. 35.**

3) Puggé im Rhein. Mus. **II. 90.** Bayer Concurs-Proc. S. 17.

gel sind der Art, daß die Abhülfe des einen zugleich auch die des anderen enthält. Man wollte nämlich ein Institut, welches sicher und bald den Creditoren den heres gegenüberstellte. Man wollte aber auch dem civilrechtlichen Satze entgegentreten, daß unter den verschiedenen ordines keine successio sei, um das Vacantwerden der bona zu verhindern.

Beide Punkte ließen sich durch eine umsichtigere Fortbildung des schon in der cretio und pro herede usucapio liegenden Gedankens sehr leicht erreichen. Aber ehe wir fragen, wie das neu einzuführende Rechtsinstitut gestaltet sein mußte, ist nach der Quelle zu forschen, aus der dasselbe am besten hervorgehen konnte. Die Sache zum Gegenstande einer lex zu machen, wie dies vielleicht bei der pro herede usucapio der Fall gewesen war, lag nicht sehr nahe, da überhaupt die Römer bei rein privatrechtlichen Gegenständen karg mit Gesetzen waren. Und gerade die pro herede usucapio sehen wir noch lange in ihrer zweiten Gestalt fortbestehen, worin sie doch den Zweck, um dessentwillen sie eingeführt war, gar nicht mehr erfüllte. Wenn man nun durch eine lex den anfänglichen Gedanken der pro herede usucapio fortgebildet hätte, so würde es nicht zu erklären sein, weßhalb man nicht sogleich die jetzt zwecklose pro herede usucapio aufgehoben haben sollte. Endlich aber geht daraus, daß wir die Pontifen um der sacra willen sich selbst Recht schaffen sehen, hervor, daß man auch nicht an ein Einschreiten der Gesetzgebung zum Schutze der Creditoren dachte, weil dann zugleich dem Interesse der Pontifen Genüge geleistet worden wäre.

Noch weniger aber, wie an eine lex, darf man daran denken, daß hier ein gewohnheitsrechtliches Institut wie die cretio habe entstehen können. Etwas das sich durch den Willen der Testatoren feststellen ließ, konnte allerdings Gegenstand des Gewohnheitsrechtes werden. Dagegen ist hier von einem Institute die Rede, welches auch hauptsächlich für die Intestaterbfolge Wirkungen haben sollte, und da nun die Erbprätendenten und die Creditoren von ganz verschiedenen Interessen geleitet wurden, so war die zur Bildung eines Rechtssatzes nöthige Volksübereinstimmung von selbst nicht wohl zu erreichen. Es mußte der Impuls von Seiten eines Oberen hin-

zukommen, welcher den verschiedenartigen Interessen mit gehöriger Umsicht den rechten Platz anweisen konnte. Und das ist bei den Römern der Prätor.

Dem Prätor also lag es ob, eine der cretio und pro herede usucapio ähnliche Rechtsregel einzuführen, wodurch dem heres eine Deliberationsfrist gesetzt würde, nach deren unbenutztem Ablauf ein Anderer in dessen Stelle succediren könnte, eine Rechtsregel, die einestheils nicht wie die cretio auf eine Art der Succession beschränkt, und anderntheils nicht dem Tadel unterworfen sein durfte, welchem die pro herede usucapio in ihrer älteren Gestalt ausgesetzt war.

Hiernach läßt sich die Rechtsänderung, welche die Umstände dringend genug forderen mogten, in folgende Punkte fassen.

1) der Prätor mußte mit Anberaumung gewisser Deliberationsfristen eine Succession unter allen ordines des Civilrechts einführen,

2) er mußte vor Allem durch Darbietung von Vortheilen den vom Civilrecht selbst gerufenen heres zur Antretung der Erbschaft innerhalb der ihm dargebotenen Frist zu bewegen suchen; war dagegen diese Frist abgelaufen, so mußte er den folgenden ordo zur Erbschaft rufen, um den säumigen heres namentlich den Creditoren gegenüber zu repräsentiren.

3) Indessen konnte diesem Successor doch nur ein solches Recht ertheilt werden, daß, sobald der wahre heres noch vorhanden war, er das seinige immer noch gegen jenen geltend machen durfte.

Durch diese Sätze war offenbar den Mängeln der alten pro herede usucapio ausgewichen. Sie hatte jeden beliebigen dritten zur Erbschaft gerufen, während nun die successio den späteren ordines des Civilrechtes angeboten wurde, welche doch, sobald der wahre heres sich nicht meldete, nach Billigkeitsgrundsätzen die meisten Ansprüche auf die Erbschaft hatten. Ferner ward jetzt eine zu große Dissipation des Vermögens vermieden, welche bei der pro herede usucapio so leicht entstehen konnte. Endlich aber war ein Punkt erreicht worden, der sich aus der beschränkten Macht des Prätors von selbst ergiebt,

und einen großen Vorzug vor der pro herede usucapio enthält. Wenn nämlich der Prätor eine successio einführte, so konnte er damit unmöglich dem civilen heres sein Erbrecht ganz entziehen, vielmehr mußte dieser noch immer gegen den successor die hereditatis petitio anstellen kӧnen. Also durch den Ablauf der Deliberationsfrist und das Eintreten des successor war jetzt ebenso wie bei der pro herede usucapio Jemand gefunden, der den Creditoren gegenüberstand, ohne daß doch, was sehr hart erscheinen mußte, dem säumigen heres sein Erbrecht völlig genommen wäre.

Was hiermit nur hypothetisch als der Inhalt einer vom Prätor vorzunehmenden Rechtsänderung hingestellt ist, das finden wir wirklich bei den Römern eingeführt, und wir können darin den Ursprung der gesammten bonorum possessio erkennen, eines Institutes, das nach und nach auf alle Theile des Erbrechtes einen so wesentlichen Einfluß ausgeübt hat, und um dessentwillen gerade hier diese ganze Voruntersuchung angestellt worden ist. Die Beweise, aus denen sich dieser Ursprung ergiebt, müssen jetzt sogleich zur Prüfung vorgelegt werden.

§. 11. — I. Wir finden in dem vollkommen ausgebildeten System der bonorum possessio einen eigenen Abschnitt, das successorium edictum genannt, [1]) wodurch gewisse Deliberationsfristen eingeführt worden waren [2]), in denen succesiv den verschiedenen ordines des Civilrechts die Erbschaft angeboten wird. Des Civilrechts sage ich, denn in dem Begriff des successorium edictum liegt nur, daß unter den bestehenden Erbklassen eine gewisse Reihenfolge Statt finden solle, von einer Aufstellung neuer Prätorischer ordines ist darin noch nichts angedeutet. Letztere muß viel-

---

1) Tit. Dig. XXXVIII. 9.
2) fr. 1. §. 12. in fine. eod. — si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt. —

mehr noch besondere Veranlassungsgründe gehabt haben, und es ist möglich, daß dieselben in eine spätere Zeit fallen, als in welcher das successorium edictum eingeführt wurde. Alsdann aber mußte es sich anfangs lediglich auf die civilrechtlichen Klassen beziehen, mithin bloß eine Abänderung des civilrechtlichen Satzes, daß unter ihnen keine successio statt finde, bezwecken.

Wenn also die Möglichkeit fest steht, daß es ein successorium edictum gab, ehe noch vom Prätor neue Erbklassen eingeführt waren, so ist doch aber von der anderen Seite sein Bestehen nicht ohne die Annahme folgender Sätze denkbar:

Das Civilrecht ruft immer nur eine Klasse der heredes. Wenn aus der früheren Jemand vorhanden ist, so kann Niemand aus der folgenden Ansprüche auf die Erbschaft machen, er kann gar nicht heres genannt werden. Ja vielleicht läßt sich dieser Satz, wie später noch genauer untersucht werden wird, auch ganz allgemein für den Fall annehmen, wenn selbst der früher Berufene durch Tod oder Verzicht wieder hinweggefallen war. Indem jetzt der Prätor auch beim Vorhandensein eines Anderen früher Gerufenen eine successio eintreten läßt, so kann er den successor nie zum heres machen, und dadurch jenem sein Erbrecht entziehen. Aber da er doch Jemanden haben will, der gegen dritte Personen den wahren Erben repräsentire, so mußte er ihn nothwendig als heres fingiren. Durch diese Fiction, dergleichen ja der Prätor so häufig sehr passend anwandte, sehen wir auch hier auf die natürlichste Weise den Zweck erreicht, daß die Erbschaft als ein Ganzes sicher und bald an die rechten Personen gelangte. Denn hielt der wahre heres selbst die Deliberationsfrist ein, so fiel Fiction und Wirklichkeit zusammen, und um dies in der That zu erreichen, mußten ihm Vortheile geboten werden, welche alsbald ausführlicher zu besprechen sind. Ließ aber der heres die Frist verstreichen, so fingirte der Prätor den Folgenden als den heres, d. i. er gab ihm die factische Herrschaft über die Erbschaft (bonorum possessio), und die Macht damit als Erbe zu schalten, also die Erbschaftssachen einzufordern, die Schulden zu tilgen, und die Schuldner aus-

zuklagen. Gab es ein wirksames Mittel den wahren **heres**, falls er überhaupt wollte, zur Geltendmachung seines Rechtes, das ihm noch immer nicht entzogen war, zu treiben, so war es dies. Unterblieb aber, sei es aus welchem Grunde, diese Einforderung, so befand sich die Erbschaft in Händen derer, welchen man sie offenbar am ersten gönnen mußte, und es war ein Vacantwerden der **bona** verhindert.

Diese Sätze folgen, wie ich nicht anders einsehen kann, mit Nothwendigkeit, aus dem fingirten Erbrechte des **bonorum possessor**, diese Fiction aber folgt wieder unzweideutig aus der Aufstellung eines **successorium edictum**. — Sobald man nun die Richtigkeit dieser Argumentation zugiebt, so ist damit auch, wie leicht einzusehen, der Beweis geliefert, daß das **successorium edictum** den Ursprung der **bonorum possessio** in sich faßt. Denn die eben aufgestellten Sätze enthalten, wie aus der weiteren Darstellung dieses Buches hervorleuchten wird, den Kern des gesammten Systems der **bonorum possessio**. Wenn nun aber das **successorium edictum** mit Allem, was es nothwendig in sich begreift, zugleich das Institut ist, welches von allen Römischen Rechtsinstituten allein geeignet ist, den Rechtsmängeln abzuhelfen, welche nach unserer bisherigen Darstellung das ältere Recht enthielt, und deren Abhülfe ein dringendes Bedürfniß war, so muß es doch wohl zur Abstellung dieser Mängel eingeführt sein, und so die ganze **b. p.**, deren Kern in ihm enthalten ist, hervorgerufen haben. Wogegen die übrigen Theile der **b. p.**, welche noch andere, im **successorium edictum** nicht liegende Veranlassungsgründe voraussetzen, dann nur als spätere Zusätze zu dem schon außerdem bestehenden Institute aufgefaßt werden können. —

Es ist nicht unwichtig diese Art der Beweisführung sogleich im Allgemeinen mit denen zu vergleichen, welche bisher in so großer Anzahl über den Ursprung der **b. p.** geliefert worden sind.

Ich glaube aus den Quellenzeugnissen und der Natur der Verhältnisse nachgewiesen zu haben, daß es ein Bedürfniß der damaligen Zeit war, für den aus den 12 Tafeln berufenen nächsten Erben, nach einer bestimmten Deliberationsfrist, eine

successio zu haben, indem das eine zu diesem Zwecke eingeführte Rechtsinstitut in zu enge Gränzen eingeschlossen, das andere allgemeinere, wegen seiner unjuristischen Grundlage wieder hinweggefallen war. Der Begriff des **successorium edictum** genügt völlig diesem Bedürfniß, und weil ich aus dem **succ. ed.** die ganze **bon. poss.** glaube entwickeln zu können, so setze ich in dasselbe auch den historischen Ursprung des Ganzen.

Dieselbe Art der Beweisführung liegt nun auch allen anderen Ansichten über die Entstehung der **bon. poss.** zum Grunde. Directe Quellenzeugnisse konnten zum Beweise derselben nicht geltend gemacht werden, so wurde denn für die älteren Zeiten ein Mangel des Civilrechts, von dem wir nicht direct wissen, wie ihm abgeholfen sei, es wurde ein Satz der **b. p.** gesucht, der geeignet war, diesem Mangel abzuhelfen, und es wurde dann versucht aus diesem Satze das ganze Institut der **b. p.** abzuleiten, so daß er auch historisch als dessen Anfangspunkt gelten könne.

Gegen die Art dieses durch eine Combination geführten Beweises ist an sich durchaus Nichts einzuwenden; aber die Güte der einzelnen Durchführung derselben hängt natürlich von der Deduction jener voraufgegangenen Mängel, und von der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit ab, wie aus der Abstellung solcher Mängel sich die ganze **b. p.** entwickeln konnte.

§. 12. — II. Es stehen unserer Ansicht indeß noch andere Argumente zur Seite, als ein aus der inneren Natur der Verhältnisse abgeleiteter Combinationsbeweis. Vor Allem scheint mir folgende Betrachtung von nicht geringem Gewichte:

Es ist auch aus anderen Theilen des Römischen Rechtes zu ersehen, besonders aber im Erbrechte gar nicht zu verkennen, daß der Prätor, wie ja auch ganz natürlich war, streng am bestehenden **jus civile** festhielt. Nur wo eine offenbare Härte sich herausstellte, suchte er durch eine geringe Veränderung schon bestehender Rechtssätze die **juris scrupulositas** zu entfernen, und so sind alle von ihm ausgehenden bedeutenden

Rechtsänderungen nur schrittweise vor sich gegangen. Indem dies Verfahren, das mit Nothwendigkeit aus den Gränzen der prätorischen Amtsbefugnisse folgt, die Garantie war: daß das Römische Recht in einer so durch und durch vollendeten Weise fortgebildet wurde, ist es auch unsere Pflicht, wenn wir dem Gange der Römischen Rechtsentwicklung nachspüren, und uns stets auf sicherem Boden befinden wollen, jenes Princip, das der Prätor stets befolgte, nie aus den Augen zu lassen.

Hiernach scheint mir z. B. der Gedanke, die b. p. sei eingeführt, um Personen, die bisher noch gar kein Erbrecht hatten (wie die Cognaten), ein solches zu verleihen, in sich selbst unwahrscheinlich [1]). Es war Nichts vorhanden was mit dieser Rechtsänderung so nahe in Verbindung stand, daß sie daran auf eine leichte Weise angeknüpft werden konnte, indem die Behauptung, als sei die b. p. Nichts als die Verleihung einer **pro herede usucapio** gewesen, sich nicht wohl rechtfertigen läßt. Der Prätor würde ja hier eine **pro herede usucapio** eingeführt haben, welche begönne, nachdem doch nothwendig den Civilerben Fristen gesetzt und abgelaufen wären, also zu einer Zeit, wo die civilrechtliche **usucapio pro herede** eines jeden Dritten schon erreicht sein mußte, jene also ihren Zweck verfehlte. Außerdem aber scheint es mir nicht denkbar, wie sich aus dieser bloßen Verleihung der Usucapionsbefugniß auch in noch so langer Zeit die Gestalt der **bonorum possessio**, wie sie später doch unzweifelhaft ist, habe entwickeln können, worin eine gleich vom Anfange ihrer Ertheilung an geltende fictio heredis lag. Denn diese Fiction enthält, wie noch ausführlicher gezeigt werden wird, keineswegs den Character einer vollendeten Usucapion, so daß man sie etwa mit der **Publiciana actio** in eine Reihe stellen könnte.

Bei unserer Ansicht dagegen sehen wir auf eine ganz auffallende Art, wie der Prätor an bereits geltende Rechtssätze seine nothwendige Neuerung anknüpfte. Dem Mangel einer

1) Es muß später von dieser Savignyschen Ansicht — (Zeitschrift f. gesch. R. W. V. S. 14. ff.) noch ausführlicher die Rede sein.

nach Ablauf der Deliberationsfrist eintretenden **successio** war durch die hunderttägige Cretionsfrist und durch die aus der **pro her. us.** hervorgehende Jahresfrist einstweilen abgeholfen worden. Jetzt wo an der Stelle der **pro herede usucapio** ein anderes auch das Gebiet der **cretio** umfassendes allgemeines Rechtsinstitut nöthig wurde, finden wir in dem **successorium edictum** dieselben Fristen von hundert Tagen und einem Jahre wieder [2]). Freilich nicht in allen Punkten mit den Bedingungen jener Fristen übereinstimmend, denn darin lagen auch gerade die Mängel. Vielmehr kehrte der Prätor es um; während vorher nur ein Theil der testamentarischen Erben unter der Frist von 100 Tagen gestanden, die übrigen durch das Usucapionsjahr beschränkt waren, gab er nun bloß den **parentibus et liberis** die jährige Zeit, den Uebrigen, alle Testamentserben mit inbegriffen, nur die 100 Tage [3]).

Sollten wir aber diese, durch die angegebenen Verschiedenheiten keineswegs geschwächte Uebereinstimmung in den Fristen einem merkwürdigen Zufall zuschreiben? Oder sollen wir nicht vielmehr sagen, daß der Prätor, indem er die Mängel des bisherigen Civilrechtes verbessern wollte, gerade an diesem Punkte seine Rechtsänderungen anknüpfte? Daß eben diese Fristbestimmung mit der damit vereinten **successio** das ursprüngliche Institut war, aus dem sich das ganze System der **b. p.** entwickelt hat? — Wer die **b. p.** aus einem ganz anderen Principe herleitet, etwa aus der Verleihung einer bloßen **pro herede usucapio**, und sich das **successorium edictum** vielleicht erst später hinzugekommen denkt, der kann und darf sich jenes merkwürdige Zusammentreffen doch immer nur als Zufall oder etwa als kleinliche Nachahmung civilrechtlicher Normen, aus der aber gar kein innerer Zusammenhang folge, erklären. Aber auf bloße Spielereien sich einzulassen, war nicht des Prätors Sache.

---

2) Schon die Titelüberschrift des Theodosianischen Codex IV. 1, **de cretione vel bonorum possessione** deutet auf den Zusammenhang beider Institute, und vielleicht hat dieser Titel ursprünglich nicht bloß eine einzige Stelle enthalten.

3) **fr. 1. §. 8 — 16. de succ. edicto.**

III: Hieran knüpft sich ein anderer nicht minder wichtiger Punkt, der sich aus einer genaueren Zusammenhaltung der **cretio** zur **bon. poss.** ergiebt.

Savigny hat mit gewohntem Scharfsinn darauf aufmerksam gemacht, daß die Berechnung des **utile tempus** eine verschiedene ist bei der Klagverjährung und bei der **bonorum possessio**[4]). Bei jener werde nur darauf gesehen, ob Jemand **experiundi potestatem** habe, also bloß auf die äußeren Hindernisse, welche der Klaganstellung entgegenstehen[5]). Dagegen auf das innere Hinderniß, das bloße Nichtwissen, daß eine **actio nata** sei, wird gar nicht in der Art gesehen, daß es für **utile tempus** von Bedeutung wäre, also daß diese Zeit des **nescire** gleich von der laufenden Frist abgerechnet würde. Dagegen steht bei der **bonorum possessio** das **nescire** dem **non posse** gleich[6]).

Savigny erklärt diesen Unterschied aus dem allgemeinen Grunde, daß „wer über sein Klagrecht unwissend sei, in der Regel dem Vorwurf der Nachlässigkeit unterliege, anstatt daß Keiner den Beruf habe, den Erbschaften nachzuspüren, die ihm etwa zufallen mögten". Allein es ist die Frage, ob dieser Erklärungsgrund hinreiche, um die so ganz allgemeine Unterscheidung zu rechtfertigen. Denn, wie Savigny selbst (durch die Worte: in der Regel) zugiebt, lassen sich doch leicht Fälle denken, in denen Jemand ohne alle Nachlässigkeit nichts von seinem Klagrechte weiß, und umgekehrt scheint mir die Rücksicht auf die Erbschaftsgläubiger so wichtig, daß dagegen je-

---

4) System. IV. S. 434 ff.

5) fr. 1. de divers. temp. praescr.

6) fr. 2. pr. quis ordo. — Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint; scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere. Ceterum quacumque die nescierit aut non potuerit nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. — Ganz so schroff, wie es von Savigny geschieht, darf indeß der Unterschied doch nicht aufgestellt werden, indem Fälle vorkommen, in denen auch das nescire unter das experiundi potestatem non habere gestellt wird. fr. 6. de calumniator. — Indeß kann hierauf nicht weiter eingegangen werden. S. Puchta Pand. (2 Ausg.) §. 76. Note d.

ner Sittlichkeitsgrundsatz, Niemand dürfe nach Erbschaften spüren, leicht in den Schatten treten konnte. Daher glaube ich, obgleich jener Grund keineswegs ganz geleugnet werden soll, daß er doch nicht Kraft genug gehabt hätte, den ganzen Unterschied bei der Berechnung des **utile tempus** allein hervorzurufen.

Dagegen bietet sich aus dem angegebenen Ursprunge der **bonorum possessio** ein historischer Erklärungsgrund dar, welcher eben die Richtigkeit dieses Ursprunges in klares Licht zu stellen scheint. Die **cretio** hatte sich durch die Gewohnheit so gestaltet, daß die meisten Testatoren den **heres** folgendermaßen einsetzten:

> **Titius heres esto, cernitoque in diebus proximis centum, quibus scies poterisque** [7]).

Eben weil diese Formel die gewöhnlichste war, wurde sie die **vulgaris cretio** genannt; und indem nun der Prätor ein Institut einführte, welches auch das Gebiet der **cretio** umfassen sollte, indem er von ihr die hunderttägige Frist entlehnte, kann es uns Wunder nehmen, daß er auch die Eigenthümlichkeit der Fristberechnung recipirte, welche indeß auf Klagverjährung in dieser Weise auszudehnen, gar kein Grund vorhanden war. Oder sollte auch diese Uebereinstimmung ein merkwürdiger Zufall sein? —

Ferner aber scheint die aufgestellte Ansicht vom Ursprunge der **bon. poss.** geeignet, die Räthsel zu lösen, welche uns die Geschichte der **cretio** darbietet [8]), und dadurch muß wiederum jene einen neuen Halt gewinnen.

Hugo's ungetrübter Blick bemerkt bei der **cretio** folgengende Schwierigkeiten, welche ich nicht besser als mit seinen eignen Worten wiedergeben kann:

> „Irgend etwas Besonderes muß aber noch bei der **cre-**
> „**tio** gewesen sein, was wir nicht mehr wissen. Warum
> „kam sie in dem vierten Zeitraume ab, und zwar ehe
> „das Inventarium sie einiger Maßen unnöthig machte? —

---

7) **Ulp. XXII. 33. Gai. II. 165.**

8) S. oben §. 3 am Ende.

„Warum hätten die Römischen Testirer sich damals „die Mühe gegeben, zu bestimmen, in welcher Zeit der „heres sich erklären sollte, da dies doch in der Folge „nicht mehr geschah, und auch bei uns nicht mehr ge= „schieht, wenn der Testamente gleich nicht wenigere sind? „Daß der bloße, bei uns schon dem Rechte nach Statt „findende Zwang sich zu erklären, etwa auch das In= „ventarium, es geändert habe, ist doch nicht wahrschein= „lich.

Es ist nicht meine Sache zu entscheiden, ob die Antwort, die ich auf diese Fragen zu geben vermag, genügend sei. Da die **cretio** vom Willen der Testatoren abhing, also nicht einmal für die ganze testamentarische Erbfolge eine Deliberationsfrist gewährte, so war die **pro herede usucapio** wohl absichtlich so ganz allgemein gefaßt worden, damit in jedem Falle, auch wenn der Testator nichts darüber angeordnet hatte, für die testamentarische Succession eine Deliberationsfrist eintrete. Indem jetzt das **successorium edictum** den Platz ausfüllen sollte, der durch Aufhebung der **pro herede usucapio** in ihrer älteren Gestalt leer geworden war, mußte es nothwendig auch zur **cretio** in dasselbe Verhältniß treten, als die **pro her. us.** gestanden hatte; d. h. es mußte allgemein für die testamentarische Erbfolge anordnen, was bisher nur im Willen der Testatoren gelegen hatte. Der Prätor konnte diesen Satz noch viel sachgemäßer durchführen, als durch die **pro herede usucapio** geschehen war, recipirte also die Cretionsfrist ganz und gar auch über die testamentarische Erbfolge hinaus, und ließ nur für **parentes et liberi**, die Jahresfrist der **pro herede usucapio** bestehen.

Indem nun also schon dem Prätorischen Edikte gemäß die Deliberationsfrist lief, so war dadurch die besondere Anordnung der Cretion in gewiß sehr vielen Fällen unnöthig geworden. Aber erhalten mußte sich das Institut doch noch immer, um Substitutionen vornehmen zu können [9]), und um ganz sicher den Erben in eine Deliberationsfrist zu zwängen,

---

9) Unter diesem Gesichtspunkte wird es hauptsächlich von Gaius und

welcher ja sonst die Agnition der b. p. hätte vermeiden können, und dann doch für die civilrechtliche Antretung der **hereditas** in keine Zeit eingeschränkt war. — Aber in der Kaiserzeit verlor sich der Satz, daß eine Substitution nur durch Anordnung einer **cretio** möglich sei, namentlich da schon seit Marcus der **cum cretione** Instituirte auch durch bloße **pro herede gestio** den Substituten ausschließen konnte [10]). So kam eine viel freiere Form der Substitution auf, wie sie Modestin in **fr. 1. §. 1. de vulg. et pup. subst.** vorträgt. Und auch der andere Fall, in dem man von der **cretio** noch neben der **bonorum poss.** Gebrauch machte, mußte sich verlieren, als in der späteren Kaiserzeit die Agnition der **b. p.** sich immer mehr der civilrechtlichen Erbantretung näherte, also auch nicht mehr davon die Rede sein konnte, daß ein Berufener der **b. p.** auszuweichen, und sich auf sein Civilrecht zu beschränken Grund gehabt hätte.

Freilich können diese Punkte hier noch nicht weitert erörtert werden, aber das wird wenigstens aus dem Gesagten hervorleuchten, daß die Geschichte der **cretio** sich an die der **bonorum possessio** knüpfe, und daß jemehr die Letztere an Umfang gewann, jene ebensoviel verlieren mußte, bis sie zuletzt völlig unterging. Daraus werden wir auch schließen dürfen, daß die **b. p.** schon in ihrem Ursprunge mit der **cretio** in Zusammenhang gestanden habe.

§. 13. — IV. Einen ferneren Beweis für die aufgestellte Ansicht, daß das **successorium edictum** den Ursprung der **b. p.** enthält, finde ich in dem Ausdrucke selbst. Derselbe ist von den Juristen aufgebracht worden, aber in ihm ist schon ausgedrückt, daß die Rechtsregel, welche damit bezeichnet wird, nicht erst durch Schlußfolgerungen der Juristen aus anderen Bestimmungen des Edictes abgeleitet sein kann. Vielmehr da sie selbst **edictum** genannt wird, muß sie einen eigenen Abschnitt, ein eigenes Capitel des ganzen Edictes ausgemacht

---

Ulpian aufgefaßt, welche die Substitution gleich bei der Cretion abhandeln.

10) Ulp. XXII. 34. — cf. Gaius II. 177. —

haben. So finden wir in allen anderen Fällen mit dem Worte **edictum** nur Rechtsregeln bezeichnet, welche, wenn sie auch mit anderen Theilen des ganzen Edicts zusammenhängen, doch in sich etwas Selbständiges, so zu sagen, eine eigene Lehre bilden, wie **Carbonianum edictum**, **edictum de conjungendis etc.** Danach kann ich nicht glauben, daß wenn die **bonorum possessio** aus einem Principe eingeführt wäre (z. B. um den Cognaten Erbrecht zu verleihen), wobei sich nur als ein Nebenpunkt die Bestimmung gefunden hätte, daß diese Cognaten erst nach den Civilerben rangiren sollten, daß hier dieser Nebenpunkt ein eigenes **edictum** genannt worden wäre. Er würde so nothwendig aus dem Hauptpunkte, welcher in der That den Ursprung der **b. p.** enthielte, folgen, daß eine Hervorhebung desselben als einer selbständigen Lehre gar keinen Sinn hätte.

Wenn also mit dem Ausdrucke: **successorium edictum** die Annahme nicht zu vereinigen ist, daß dasselbe als Nebenpunkt zugleich mit der eigentlichen historischen Grundlage der **b. p.** eingeführt wäre, so läßt sich noch weniger möglich denken, daß es erst später als ein selbständiges Institut zu der schon bestehenden **b. p.** hinzugekommen sei. Allerdings wird gerade ein solcher späterer besonderer Zusatz vorzugsweise **edictum** genannt; aber das **successorium edictum** enthält eine Rechtsregel, von der es einleuchtet, daß ihre Einführung eine völlige Revolution in der bisher etwa schon bestehenden **b. p.** hätte hervorbringen müssen, daß das früher vorhandene Institut etwas ganz Anderes gewesen wäre, als was es durch das Hinzukommen des **succ. ed.** wurde. Denn dieses greift in alle Theile der **b. p.** ein, und deren Hauptsätze sind nothwendig durch dasselbe bedingt. So hat denn auch jeder Beweis, der den späteren Ursprung des **succ ed.** voraussetzte, an der Schwierigkeit scheitern müssen, eine Brücke über jene Kluft zu bauen, welche zwischen dem, was man als früher Bestehendes vermuthete, und dem, was nachher bestand, in der Mitte liegt, und die doch überschritten werden muß, da sich jenes in dieses umgebildet haben soll [1]).

---

1) Dies gilt namentlich von der Fabricius'schen Ansicht, welcher noth-

Wenn nun aber das successorium edictum nicht Theil der bonorum posesssio sein kann, welche doch einen anderen Ursprung gehabt hätte, so bleibt nichts übrig, als daß es selbst der Anfangspunkt der bonorum possessio gewesen sein müsse.

Dieses Resultat wird auffallend dadurch bestätigt, daß wir in unseren Quellen den Ausdruck successorium edictum ganz augenscheinlich in dem weiteren Sinne gebraucht finden, daß dadurch nicht bloß die Feststellung einer successio nach Ablauf gewisser Fristen, sondern das ganze, sich auf das Prätorische Erbrecht beziehende Edict, also die gesammte bonorum possessio bezeichnet wird. Namentlich gehört hieher Ulpian fr. XXVIII. 12:

> Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio Praetoris.

Fabricius, der Einzige, bei dem ich dies bemerkt finde, aber ohne daß er Belegstellen anführt, vermuthet daraus, daß dies vielleicht „die alte ächtrömische Bedeutung gewesen sein möge.“ 2) Er scheint dies, wenn man ihm nicht einen schneidenden Widerspruch gegen seine eigene Ansicht vom Ursprunge der b. p. Schuld geben will, so zu verstehen, als wenn success. ed. anfangs nur das Edict bedeutet habe, wonach überhaupt Jemand durch den Prätor berechtigt worden sei, den Nachlaß eines Verstorbenen an sich zu nehmen, also diesem Verstorbenen (wenn auch nur für die Dauer des Erbschaftsstreites) zu succediren. Erst später als der Prätor die Regel aufgestellt habe, daß Jemand auch in die Stelle eines berufenen aber weggefallenen heres succediren könne, sei dann die engere Bedeutung von successorium edictum aufgekommen, wie sie offenbar in der Ueberschrift des Digestentitels 38, 9. oder in fr. 1. §. 3. de juris et fact. ign. (22. 6.) genommen ist.

---

wendig das spätere Hinzukommen des successorium edictum annehmen mußte. S. dessen „Ursprung und Entwicklung der b. p.“ S. 69.

2) A. a. O. S. 68 Note 87.

Allerdings kommt der Ausdruck **successor** und **successio** sehr häufig in dem Sinne des Eintretens in das Recht eines Verstorbenen vor [3]). An und für sich könnte also **successorium edictum** wohl das Edict bedeuten, wodurch dies Eintreten gewährt wird. Aber daß die Römer es so genommen haben, ist doch durchaus nicht wahrscheinlich, ja es kann wie ich glaube mit gutem Gewissen bestimmt abgeleugnet werden. Denn in diesem Sinne ist es auch in der angeführten Stelle Ulpians nicht genommen. Derselbe nennt die ganze **b. p.** nur deßhalb **successorium edictum**, weil sie verschiedene aufeinander folgende Erbklassen enthält, und er will gerade das Recht dieser folgenden Klassen darstellen, welche, ohne **heredes** zu sein, (**qui heredes non sunt**) in deren Platz succediren (**sed heredis loco constituuntur**).

Wenn also wohl keine Stelle angeführt werden kann, welche auf die Bedeutung leitete, welche Fabricius vermuthet haben muß, so läßt sich der allgemeinere Sinn, der aus Ulpians Worten nicht wegzuleugnen ist [4]), nur so erklären, daß er mit der hier aufgestellten Ansicht über den Ursprung der **b. p.** übereinstimmt. Die Aufhebung des Satzes: **in legitimis hereditatibus nulla successio est**, enthält kurz gesagt die ursprüngliche Gestalt der **p. b.** Aber diese Aufhebung konnte nichts bloß Negatives sein, es liegen darin, wenn sie etwas bedeuten soll, auch eine Reihe von positiven Sätzen, welche im §. 11. bereits angedeutet sind, und deren Erörterung den weiteren Inhalt dieses ersten Buches bilden wird. Bei-

---

3) So wird ja die **hereditas** gerade durch **successio in universum jus quod defunctus habuit** definirt. **fr. 62. de R. J.** Das „**heres ceterique successores** wird Manchem meiner Leser genugsam bekannt sein. **cf.** z. B. **fr. 63. §. 2. pro socio. fr. 14. §. 16. de religios. fr. 31. §. 2. eod. fr. 20. §. 13. de her. pet.**

4) **Hi quibus ex successorio edicto bon. poss. datur** kann doch nur heißen: „diejenigen welche nach den Erfordernissen der einzelnen Klassen des Edictes die **b. p.** erhalten". Es sind also alle im Edict aufgestellten Erfordernisse gemeint. Ulpian hätte auch sagen können: **ex edicto de bonorum possessionibus proposito**, wenn er zweimal die Worte: **bonorum possessio** hätte wiederholen wollen.

des, das Negative und das Positive, ist durchaus unzertrennlich. Wollte man aber das ganze Prätorische Institut mit einem kurzen Namen benennen, so konnte man denselben von seiner negativen Seite hernehmen, und das geschah durch den Ausdruck **successorium edictum**, oder von seiner positiven, welche sich sehr einfach durch **hereditatis** oder **bonorum possessio** bezeichnen ließ.

Freilich hat das Institut mit der Zeit vieles Andere aufgenommen, was gar nicht mehr aus seinem ursprünglichen Principe folgt, so daß also jetzt ein bedeutender Unterschied sich bildete zwischen dem gesammten positiven Inhalt, und der negativen anfänglichen Bedeutung des Instituts, und danach entstand denn auch derselbe bedeutende Unterschied zwischen den Ausdrücken **bonorum possessio** und **successorium edictum**. Aber wenn man nun gleich gewöhnlich den ganzen Inbegriff der positiven Sätze mit **bonorum possessio** bezeichnete, ist es zu verwundern, daß wir dafür auch noch später bisweilen das Wort **successorium edictum** gebraucht finden, obgleich nicht mehr wie früher alle Theile der **bonorum possessio** darunter paßten, und man es daher in der Regel als einen engeren Begriff der **bon. possessio** entgegensetzte, oder vielmehr es als Theil dieser letzteren auffaßte?

Ich mögte sagen, daß es im Gegentheil zu verwundern wäre, wenn diese weitere Bedeutung von **successorium edictum**, die das Zeugniß der historischen Entwicklung ist, sich nicht vorfände. —

Noch muß hier ein Punkt erwähnt werden, woraus man vielleicht ein Argument gegen unsere Ansicht ableiten könnte. Wenn das **successorium ed.** der historische Anfangspunkt der **b. p.** war, warum steht es nicht in den Digesten, die ja hier ganz der Ordnung der Bücher **ad edictum** folgen, vornan? — Aber die bereits angegebenen Gründe widerlegen auch diesen Einwurf. Die einzelnen Klassen des **successorium edictum** gewannen nach und nach für sich selbst einen solchen Umfang und solche Ausbildung, ja sogar es kamen aus anderen Veranlassungen ganz neue Klassen auf, daß man für ein jedes einzelne ein eigenes Capitel machen mußte, und natürlich das sie Alle gemeinsam Betreffende, das Bindemittel des Ganzen

erst verstehen konnte, nachdem die einzelnen Punkte bereits feststanden. So rückte in den wissenschaftlichen Darstellungen, die ja überdem sich auf die von Salvius Julianus getroffene Ordnung des Edictes stützen, das successorium edictum an das Ende des Ganzen, welches erst von ihm ausgegangen war.

§. 14. — V. Die Untersuchung ist jetzt so weit vorgerückt, um die Quellenaussprüche selbst in Betracht zu ziehen, aus denen die ganze bisher erörterte Ansicht geschöpft, und mit Rücksicht auf welche die Darstellung von vorn herein abgefaßt worden ist.

Daß die Römischen Juristen nicht nach dem Ursprunge eines so unendlich wichtigen Institutes wie die b. p. war, gefragt haben sollten, ist gänzlich undenkbar, und ebenso wenig dürfen wir einen Zweifel darein setzen, daß sie auf diese auch noch die richtige Antwort gewußt haben werden. Justinian aber hat so viel Historisches in die Pandekten aufgenommen, wie sich gerade aus dem 37 und 38 Buche beweist, daß wenn man überhaupt mit einiger Ueberlegung bei der Compilation zu Werke ging, man auch eine historische Notiz über den Ursprung des Institutes aufnehmen mußte, zumal da Justinian so gern den Schein eines antiquitatis contemtor vermeiden will [1]).

Nun finden wir in der That folgende bisher lange nicht genug beachtete Erzählung Ulpians in fr. 1. pr. de succ. ed.:

Successorium edictum idcirco propositum est,

1) ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent.

2) et creditoribus longior mora fieret.

Hier sind also zwei Zwecke für die Einführung des successorium edictum angegeben; die Aufstellung eines dominus der Erbschaftsgüter (natürlich eines fingirten) und die Befriedigung der Gläubiger durch diesen.

Vergleichen wir hiermit sogleich eine andere Stelle dessel-

1) l. 22. §. 13. C. de jure deliber.

ben Ulpian, fr. 1. de b. p., worin Alles das angegeben wird, was man durch Agnition einer jeden b. p. erlangt:

> **Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit; nam haec omnia bonis sunt conjuncta.** (fr. 2. parenthesenartig aus der Ediktsreihe eingeschoben) **In omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur.** — Worauf dann in fr. 3. Ulpians unmittelbar mit fr. 1. zusammenhängende Worte folgen. —

Diese Stelle, welche den Anfang der ganzen Lehre bildet, ist häufig ganz erstaunlich mißverstanden worden. Wenn wir aber ohne vorgefaßte Meinung die Worte lediglich übersetzen, so ist darin, so viel ich einsehen kann, Folgendes gesagt:

> der **bonorum possessor** tritt ein in die Erbschaftsforderungen (**commoda hereditaria**) und in die Erbschaftsschulden (**incommoda**), so wie er auch das Eigenthum der in der Erbschaft enthaltenen körperlichen Sachen erhält.

Fabricius (a. a. O. S. 45. Note 54.) meint, es unterliege wohl keinem Zweifel, daß das Wort **dominium** interpolirt sei, während Ulpian **possessionem** geschrieben habe. Umgekehrt halte ich keine Interpolation größeren Zweifeln unterworfen. Er verweist auf Ulpians Titel **XXVIII.** §. 12 u. 13, und **Gai. III.** 32 und **IV.** 34. Darin aber heißt es, daß der **bonorum possessor** nicht wirklicher, sondern **fictus heres, loco heredis** ist, daß wenn er **in rem** klagt, er nicht intendiren kann: **rem meam esse** sondern: **si Titii heres essem, tum si fundum ex jure Quiritium meum esse oporteret**, daß er also fingirter **dominus ex jure Quiritium** ist. In jenem fr. 1. de b. p. steht nun freilich nicht, daß die b. p. bloß ein fingirtes **dominium** ertheile, sondern es ist ganz allgemein von **dominium** die Rede, aber daß Ulpian doch nur an ein fingirtes denke, war entweder aus dem Vorhergehenden des Ulpian zu ersehen, oder wenn wir annehmen dies sei der Anfang von Ulpians Commentar über die b. p., so geht es doch noch immer ganz unzweifelhaft aus der Stelle selbst hervor. Denn die

erwähnten **commoda et incommoda hereditaria** bezeichnen offenbar im Gegensatz zu den körperlichen Erbschaftssachen den ganzen Complex der persönlichen Klagen, in welche der **bonorum possessor** als Kläger und Beklagter eintritt, und für diese wissen wir ja auch ganz entschieden, daß es nur **fictitiae actiones** waren [2]. Dennoch aber spricht ihm Ulpian ganz allgemein diese **commoda** und **incommoda** zu, ohne zu erwähnen, daß er doch nur fingirter Inhaber derselben sei, weil dies eine so bekannte Sache war, daß Ulpian sicher sein konnte, auch ohne deren Erwähnung nicht mißverstanden zu werden. Was aber von den persönlichen Klagen d. h. den unkörperlichen Sachen gilt, das muß Ulpian auch ebenso von den diesen entgegengesetzten körperlichen Sachen gemeint haben, deren vollkommen gleichmäßige Behandlung so deutlich aus **Gai. IV. 34.** erhellt. Also ebensogut wie der **bonorum possessor** activ und passiv der fingirte Inhaber oder Herr [3]) der unkörperlichen Erbschaftssachen wird, so wird er auch der fingirte **dominus** der Erbschaftssachen, und so muß denn auch Ulpian nothwendig das Wort: **dominium** geschrieben haben. Fabricius bürdet ihm eine völlige Ungereimtheit auf, indem er sagen soll:

> **Bon. poss.** ist die Befugniß zu den **comm. et inc. her.**, und zur **possessio** der in der Masse befindlichen Sachen; denn dies Alles liegt im Begriffe der **bona.**

Also die **possessio** selbst ist schon Theil der **bona**, mithin ist **bon. poss.** nicht gleichbedeutend mit: Besitz der Güter, sondern für „**bonorum possessio**" kann auch bloß „**bona**" gesetzt werden, denn in den **bona** ist schon die „**possessio**" enthalten! —

Wenn hiernach das **fr. 1.** schon für sich selbst nicht das geringste Bedenken hätte erregen sollen [4]), so ist es noch we-

---

2) **Gai. IV. 34** am Ende.

3) Uns fehlt ein Wort, um im Allgemeinen das vollkommene Betheiligtsein an einer Obligation zu bezeichnen. Deßhalb hört man so oft vom „Eigenthum an einer Forderung" sprechen.

4) Auch Cujacius in den **Paratitla** z. d. Tit. findet in dem Worte do-

niger die Schuld der Compilatoren, daß man diese Stelle mißverstanden hat. Sie sahen ein, daß, was Ulpian als sich von selbst verstehend voraussetzt, doch zu ihrer Zeit weniger bekannt sein könnte, und eben deßhalb schoben sie das fr. 2. ein, um zu zeigen, daß dies Eintreten in das ganze Erbschaftsvermögen, nur vice oder loco heredis geschah, m. a. W. daß es nur ein fingirtes war. Kann man eine größere Deutlichkeit verlangen?

Kehren wir zu der Vergleichung des fr. 1. de b. p. mit dem fr. 1. de succ. ed. zurück. Ich glaube es wird Jedermann gleich auf den ersten Blick einleuchten, und daher kaum eines Beweises bedürfen, daß es durchaus Ein und dasselbe ist, was Ulpian in der einen Stelle überhaupt als Inhalt einer jeden bon. poss., und was er in der anderen als Zweck der Einführung des successorium edictum angiebt. Es sollte, sagt Ulpian, ein dominus der bona dasein d. i. nach seiner eigenen Erklärung ein Herr der körperlichen Erbschaftssachen und ein Subjekt für die commoda und incommoda hereditaria. Daß in der That Ulpian auch hier den Ausdruck bona hereditaria in demselben weiten Sinne wie im fr. 1. de b. p. nimmt, wird gewiß Niemand bezweifeln, da er selbst sagt, es sei dies die gewöhnliche Bedeutung [5]), und da im fr. 1. de succ. ed. ausdrücklich hinzugefügt wird, es werde ein dominus der bona constituirt, damit sie nicht als vacantia dem Fiscus zufielen. Dieser Anfall an den Fiscus ist aber bekanntermaßen eine Universalsuccession, d. h. es gehen die bona nicht bloß als Inbegriff der activa sondern auch der passiva auf ihn über. Mithin muß Ulpian auch gleich im Anfang unter den bona hereditaria nicht bloß die res hereditariae sondern auch die commoda und incommoda verstanden haben.

---

minium Schwierigkeiten, aus denen er sich nur durch die Erklärung: „dominium possessionis non proprietatis“ zu retten vermag.

5) fr. 3. pr. de b. p. — Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt, universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque rei commodum et incommodum.

Daraus folgt aber, daß hier das Wort **dominus** ebenfalls in einem weiteren Sinne genommen ist, indem derselbe nicht bloß Eigenthümer der Erbschaftssachen, sondern auch Inhaber der Forderungen und Schulden wird [6]). — Und ebenso folgt, daß Ulpian in den Worten: **et creditoribus longior mora fieret**, gar nichts Neues, sondern Etwas anführt, was bereits **implicite** in dem Satze: **ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent** enthalten ist, was er aber noch ausdrücklich daraus ableitet, weil gerade diese Rücksicht auf die Creditoren der vorzüglich dringende Grund zur Einführung des **successorium edictum** gewesen war.

Wir können hiernach die Stelle folgendermaßen übersetzen:

> Das **successorium edictum** ist eingeführt worden, damit ein Herr des gesammten Erbschaftsvermögens vorhanden sei, also:
>
> 1) überhaupt das Vacantwerden der **bona** (**ne vacua sint**) verhindert werde, und
>
> 2) namentlich den Creditoren eine zu belangende Person gegenüberstände.

Die Gedanken, welche Ulpian in diese kurzen und doch deutlichen Worte zusammendrängt, sind demnach von zweierlei Art; er giebt gleich den Hauptpunkt an, welcher in der Aufstellung des **successorium edictum** enthalten ist, nämlich die Constituirung eines **dominus** der **bona**, und zweitens giebt er die Gründe an, aus denen dies geschehen ist, deren wiederum zwei sind: die Verhinderung der **bona vacantia** und das Interesse der Creditoren. Daraus daß Ulpian diesen letzteren Grund noch besonders abtrennt, sehen wir, daß er mit jenem ersteren hauptsächlich noch auf etwas Anderes hindeutet, und dies kann nichts Anderes sein, als daß der Prätor gewissen Personen lieber die Erbschaft zuwenden wollte, ehe sie vacant würde. —

Wenn das Gesagte richtig ist, so können wir nun auch

---

6) Es paßt hier auch für die Lateinische Sprache das oben in Note 3 Bemerkte.

durch Combination des fr. 1. de succ. ed. und fr. 1. de b. p. folgenden Schluß ziehen:

Das succ. ed. enthält die Constituirung eines dominus der bona, nichts Anderes enthält aber auch die bonorum possessio. Wenn nun aber dieser dominus aufgestellt ist, um das Vacantwerden zu verhindern und die Creditoren zu befriedigen, so liegt darin, daß überhaupt die ganze bonorum possessio wegen dieser Zwecke und durch Einführung des successorium edictum entstanden ist.

Und damit ist denn unsere obige Ansicht bewiesen.

---

§. 15. Dieser Beweis mag vielleicht Manchem, auch wenn im Einzelnen Nichts dagegen einzuwenden ist, deßhalb nicht behagen, weil darin zu großes Gewicht auf jedes einzelne Wort gelegt sei, was möglicherweise gar nicht einmal von Ulpian, als er die Stelle niederschrieb, so genau überdacht worden wäre. Aber ein solcher Einwurf ist hier nicht am Orte, weil Ulpian selbst seine Worte wohl noch nicht ausführlich genug gefunden haben muß, indem er gleich einen weiteren Commentar hinzufügt, aus welchem sich denn unsere obige Zergliederung der Gedanken vollkommen rechtfertigt.

Er fährt in fr. 1. de succ. ed. folgendermaßen fort:

A. E re igitur Praetor putavit
  1) praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit,
  2) et dare inter eos successionem,

B. ut maturius possint creditores scire, utrum habeant cum quo congrediantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncti.

Zuerst fällt es auf, daß in diesem Satze wieder die zwei Fragen getrennt sind, welche wir bereits in den vorhergehenden Worten bemerkt, und hier durch Römische Buchstaben angedeutet haben, nämlich was der eigentliche Inhalt des successorium edictum sei, und was der äußere Zweck, den damit

der Prätor erreichen wollte. Beide Punkte müssen noch genauer in Betracht gezogen werden.

A. Das was im Voraufgehenden nur kurz durch die doppelte Negation (ne — sine domino) angedeutet war, nämlich die Berufung eines dominus bonorum, beschreibt jetzt Ulpian weitläuftiger. Es sei dies dadurch geschehen, daß Deliberationsfristen für die einzelnen Klassen, und eine successio der einen auf die andere angeordnet wären; also gerade das, was oben als der Inhalt der in der damaligen Zeit nothwendigen Rechtsänderung dargestellt wurde.

Es ist aber wohl zu bemerken, wie hiebei der bonorum possessio selbst Erwähnung geschieht. Ulpian sagt:

„der Prätor führte Fristen ein für die, welchen er die „bonorum possessio gab (detulit)

er sagt nicht: „welchen er die bonorum possessio gegeben hatte" (detulerat), so daß man sich das Ertheilen der bonorum possessio nicht als etwas Früheres denken kann, welches dann erst später in gewisse Fristen eingeschlossen worden wäre, sondern indem er gewisse Fristen einführte, ertheilte er überhaupt erst eine bonorum possessio. Die Worte haben also denselben Sinn, als wenn es hieße: e re Praetor putavit, praestituto tempore deferre bonorum possessionem. Damit aber sind wir wieder zu demselben Resultate wie im vorigen § gelangt, indem dort der dominus, welcher erst durch das successorium ed. geschaffen wird, gerade auch der bonorum possessor ist, dessen Beschränkung in eine Zeitfrist auch bereits durch die Worte: „diutius" und „longior mora" angedeutet wurde. —

Dagegen enthalten die Worte: et dare inter eos successionem etwas Neues, was Ulpian im Vorhergehenden noch nicht erwähnt hatte, was er offenbar jetzt hinzufügt, um den Namen successorium edictum zu erklären. Freilich sagt er hier nicht deutlich, auf was für Klassen sich diese Einführung der successio bezogen habe, ob bloß auf die civilrechtlichen oder auch auf neue erst von ihm eingeführte, denn das „eos" ist ebenso unsicher, als das „his, quibus", auf welche dadurch verwiesen wird. — Aber da Ulpian es überhaupt als einen so hervorstechenden Theil der Prätorischen Rechtsänderung

aufstellt, daß man eine Succession der Klassen anerkannt habe, so kann sich dies doch nur auf das Civilrecht beziehen, welchem dieselbe fremd war, während, wenn das **successorium edictum** gleich die Aufstellung neuer Prätorischer Klassen enthalten hätte, Ulpian dies als das Hauptsächliche hervorheben mußte, wogegen die bloße Anordnung einer **successio** unter denselben sehr in den Hintergrund zu verweisen war.

Ueberdem ist schon bemerkt, daß die baldige Aufstellung eines **dominus** um der Creditoren willen der vorherrschende Veranlassungsgrund des Edictes war. Ulpian redet absichtlich nicht bloß von einem fingirten **dominus**, sondern auch von dem wahren **heres**. Denn wenn man diesen zur Einhaltung der Frist bewegen konnte, so war das doch offenbar das Beste; nur wo dies nicht möglich war, sollte dann ein Anderer in seine Stelle succediren und fingirter **dominus** sein. Darin aber liegt, daß man nothwendig die civilrechtlichen **ordines im successorium edictum** voran stellen mußte, um dem wahren **heres** überhaupt die Erlangung der **bon. poss.** möglich zu machen; und wenn wir davon Ausnahmen finden, so werden wir dies von vorn herein für spätere Zusätze erklären dürfen, denen eine ganz andere Veranlassung, als das Interesse der Creditoren, zum Grunde liegen mußte. Ebenso auch ist gleich auf den ersten Blick nicht sehr wahrscheinlich, daß der Prätor alsbald bei der ersten Einführung des **successorium edictum** schon neue **ordines** hinter den civilrechtlichen angeknüpft habe, wenn man nur den Gang der Römischen Rechtsentwicklung in Betracht zieht, der stets ein allmähliger mit der Zeit fortschreitender war. Die Einführung der **successio** unter den civilrechtlichen **ordines** ist der Schritt, der nothwendig vorangegangen sein muß, aber es muß auch wohl eine nicht kurze Zeit verflossen sein, ehe man den zweiten Schritt that, und die **successio** auf neue vom Prätor erdachte **ordines** ausdehnte. —

Diese Sätze, welche hier nur aus den allgemeinsten Gründen angedeutet sind, welche aber wie ich hoffe an ihrem Orte vollkommen bewiesen werden können, mußten bei den Römern vorzugsweise bekannt sein, während der Ursprung der **b. p.** aus dem Interesse der Creditoren zu Ulpians Zeit leichter ver-

wischt sein konnte. Deßhalb deutet derselbe, indem er bloß die Einführung einer **successio** erwähnt, damit nur indirect an, daß anfangs das **successor. ed.** keine neue Erbklassen enthielt. Und er läßt sich auch nicht weiter darauf ein, das Interesse hervorzuheben, welches schon ganz selbstständig darin liegen mußte, den späteren **ordines** des Civilrechts beim Wegfallen der früheren zur Erbschaft zu verhelfen, da dies ein innerer Grund ist, den ein Jeder, sobald er überhaupt den Inhalt des **succ. ed.** erfährt, sogleich vermuthen wird, während der Impuls, den die Erbschaftsgläubiger gegeben hatten, mehr außerhalb des Gesichtskreises liegt, und deßhalb, weil er historisch doch das Wichtigste gewesen war, nun auch von Ulpian ganz vorzüglich ins Auge gefaßt wird.

B. Die Art indessen, wie Ulpian dies Interesse der Creditoren darstellt, könnte uns überhaupt zweifelhaft machen, ob seine Worte zu irgend einem historischen Beweise brauchbar seien. Er sagt, der Zweck des Prätors sei gewesen, daß die Creditoren frühzeitig wissen sollten;

1) ob ihnen Jemand wahrhaft als Erbe gegenüberstände,

2) oder ob die Güter dem Fiscus zugefallen wären,

3) oder endlich, ob sie zu einer **possessio bonorum** schreiten mußten.

Koch [1]) hat in der That auf diese Worte fußend, eine Ansicht über den Ursprung der **b. p.** aufgestellt, wie sie nicht unhistorischer gedacht werden kann. Da erst durch die **lex Julia de bonis vacantibus** dem Aerar ein Anspruch auf die erblosen Güter zugestanden wurde, so müßte, wenn die **b. p.** eingeführt wäre, um denselben wieder mehr in den Hintergrund zu drängen, die **b. p.** später als die **lex Julia** sein!

Und daß sogar die **b. p.** bereits früher bestanden habe, als die vom Prätor Rutilius eingeführte **bonorum venditio**,

1) **Bonorum possessio.** Literarisches Testament, nebst Commentar, Codicill u. Revision — (1799) S. 39 ff. „Das Prätorische Successionssystem war im Grunde nur zum Nachtheil der Nation oder des Souverains und dessen Staatskasse, oder nachher des Fiscus, und zum wahren Vortheil der Bürger entstanden und geformt."

(s. oben §. 9. am Ende) hat, wie später noch genauer gezeigt werden wird, die überwiegenden Gründe für sich. Es bleibt also, wenn wir dem Ulpian nicht denselben Fehler Schuld geben wollen, den Koch gemacht, nichts Anderes übrig, als anzunehmen, daß Ulpian hier gar nicht bloß den historischen Veranlassungsgrund des **successorium edictum** habe angeben wollen, sondern auch außerdem die Zwecke, welche es zu seiner Zeit in der practischen Anwendung erfüllte. Aber diese Annahme scheint auch so natürlich, daß wir ihr wohl ohne alles Bedenken beitreten dürfen, und also die historische Beweiskraft unserer Stelle dadurch nicht vermindert wird. In den oben erörterten Anfangsworten erwähnt Ulpian nur, daß die **bona** nicht **vacua** oder **vacantia** sein sollten, und die Creditoren nicht länger hingehalten würden. Von einem Rechte des Fiskus [2]) und der Creditoren auf eine **missio** ist noch nicht die Rede. Ulpian sagt nur, man habe einen **dominus** der **bona** den Creditoren gegenüber haben wollen. Diese Constituirung eines **dominus** sei, so fährt er dann fort, durch Anordnung von Deliberationsfristen und einer **successio** geschehen. Aber die Angabe des Zweckes, welche nun folgt, hat, wie wohl zu bemerken ist, eine ganz andere Gestalt als vorher. Dort hatte er im Conjunctiv des Imperfectum gesprochen (**jacerent, fieret**), jetzt redet er im Präsens, also er will den Zweck, den das **success. ed.** zu seiner Zeit hatte, angeben. Das, was er voranstellt (**utrum habeant, cum quo congrediantur**) ist offenbar dasselbe wie: **ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent, et creditoribus longior mora fieret.** Durch die Wiederholung im Präsens soll nur angedeutet werden, daß der ursprüngliche Zweck auch noch fortwährend gültig sei, aber darum will der Jurist auch nicht unterlassen, das Verhältniß zu bestimmen, in welchem das Institut der **b. p.** zu den später entstandenen Rechten des Fiskus und der Eröffnung eines Concurses stehe.

Somit scheint mir diese Stelle die vollkommene Bestäti-

---

2) Absichtlich scheint Ulpian das Wort **vacua** und nicht **vacantia** zu gebrauchen, um den Gedanken an das Recht des Fiscus auszuschließen.

gung meiner obigen Ansicht über den Ursprung der **b. p.** zu gewähren. Es bleibt nur noch übrig, das Gesagte mit den im §. 13 aufgestellten Sätzen zusammenzuhalten, indem dadurch Beides eine gegenseitige Stütze erhält. Es ist dort nachgewiesen, daß Ulpian das Wort **successorium edictum** in einem weiteren Sinn, als den Inbegriff des ganzen Ediktes über die **b. p.**, gebraucht habe. Von vorn herein geht daraus schon die Möglichkeit hervor, daß derselbe Ulpian dies Wort auch hier im **fr. 1. de success. ed.** in dem nämlichen weiteren Sinne nehme. Und damit wäre dann ganz direct der Ursprung der **b. p.** bewiesen. Aber wir dürfen noch weiter gehen; indem wir es nicht allein als möglich, sondern als gewiß annehmen können, daß hier dem Ausdrucke **succ. ed.** die weitere Bedeutung zum Grunde liege. Denn wir haben nachgewiesen, daß Ulpian als Einführungsgrund des **succ. ed.** dasselbe aufstellt, was er in **fr. 1. de b. p.** auch als Inhalt der **b. p.** annimmt, und so müssen wir also das **fr. 1. de succ. ed.** so verstehen, als wenn es hieße:

> **Bonorum possesio idcirco introducta est, ne bona hereditaria, vacua sine domino diutius jacerent etc.**

§ 16. Das **fr. 1. de succ. ed.** ist übrigens nicht der einzige Quellenausspruch, der uns über den Ursprung der **b. p.** Aufschluß giebt. Auch in den Institutionen wird uns Einiges davon erzählt, und wenn wir gleich im Ganzen auf die historischen Untersuchungen der Compilatoren nicht viel geben können, so dürfen wir doch wohl annehmen, daß die Verfasser der Institutionen sich bei einem so hochwichtigen Rechtstheile, wie die **b. p.**, über ihren Ursprung bei einem alten Juristen werden Raths erholt haben. Freilich können wir bei ihnen nicht vermuthen, daß sie es für wichtig genug gehalten hätten, die Angaben der früheren Schriftsteller völlig getreu wiederzugeben. Vielmehr dürfen in solchen historischen Sachen die Institutionen nur als ein Echo gelten, welches vom gerufenen Worte höchstens einzelne Silben, und meist auch nur die letzten ganz verständlich wiedergiebt. So kann es uns nicht wundern, daß die Institutionen auch meistens bloß die spätere Ge-

stalt der b. p. vor Augen haben, aber vielleicht ist es möglich, da wir jetzt bereits sichere Anhaltspunkte gefunden, auch das Vorangegangene im Echo wieder zu erkennen.

Der Institutionentitel **de bonorum possessionibus** fängt folgendermaßen an:

> **Jus bonorum possessionis introductum est a Praetore emendandi veteris juris gratia.**

Es ist sehr die Frage, ob wir hierin bloß ein Urtheil der Compilatoren erblicken dürfen, oder ob es nicht vielmehr bloß ein Satz ist, den sie aus einem früheren Juristen ausgeschrieben haben [1]). Die Art wie überhaupt die Institutionen zusammengesetzt sind, scheint uns die Regel an die Hand zu geben, daß wir stets dies Letztere präsumiren müssen, wo sich nicht [2]) entschieden das Gegentheil aus der Darstellung selbst ergiebt. Mit der von uns aufgestellten Ansicht aber stimmen diese Worte vollkommen überein, da in der Einführung einer **successio** unter den civilrechtlichen **ordines** offenbar eine Emendation des älteren Rechtes liegt. Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, daß Justinian gleich im Folgenden von den neuen Intestatklassen rede [3]), welche der Prätor aufstellte, daß er also gerade darein den Ursprung der **b. p.** lege. Er kann dies nicht meinen, weil er daran gleich das dem **postumus alienus** ertheilte Recht knüpft, und wenn man jene Schlußfolgerung annehmen wollte, so müßte man zugleich auch diese dem **alienus post.** zugesagte Hülfe als Einführungsgrund der **b. p.** gelten lassen, was doch gewiß Niemandem einfallen wird. Vielmehr ist der Gedankengang der, daß der Gesichtspunkt, aus dem die Entstehung des Institutes aufzufassen sei, kurz und ohne weitere Erklärung vorangestellt wird, worauf dann gleich die einzelnen Bestandtheile, welche das gesammte System zur Zeit seiner Vollendung enthielt, nicht nach der

1) Francke muß dies freilich leugnen, indem er S. 97. des Notherbenrechts sagt: „Eingeführt ist ursprünglich die ganze b. p. keineswegs emendandi juris civilis gratia."

2) Wie z. B. im §. 2 u. 3. J. de testam. ordin.

3) Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postumus etc.

Zeitfolge, sondern nach ihrem inneren Character angegeben werden sollen, jenachdem sie **emendandi**, **impugnandi** oder **confirmandi jur. civ. gratia** proponirt waren. Sehr natürlich knüpft daher Justinian an die Bemerkung über den Ursprung der **b. p.** gleich die Haupttheile an, welche auch aus dem Gesichtspunkte der Emendation hervorgegangen waren. Offenbar aber will er damit nicht sagen, daß gerade in ihnen dieser Ursprung zu finden sei.

Diese Erörterung der einzelnen Haupttheile der **b. p.** wird dann bis zum §. 8 fortgeführt; und erst hier der in den ersten kurzen Worten angefangene Faden der Erzählung wieder aufgenommen:

> **Quum igitur plures species successionum Praetor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, et in unaquaque specie successionis saepe plures extent dispari gradu personae, — ne actiones creditorum differentur, sed haberent, quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendae bonorum possessioni certum tempus praefinivit.**

Freilich ist diese Stelle, ganz für sich allein betrachtet, nicht geeignet einen richtigen Begriff über den Ursprung der **b. p.** zu bilden, aber wenn wir denselben schon aus anderen Beweisen geschöpft haben, so läßt er sich denn auch hier, namentlich durch die Vergleichung mit **fr. 1. de succ. ed.**, ganz entschieden herauskennen. Auch hier kann Justinian nicht bloß die neu vom Prätor eingeführten **ordines** im Auge gehabt haben, was man allenfalls aus den Anfangsworten: **quum plures species . . . . . introduxisset** schließen mögte, sondern es müssen alle 7 vorher aufgezählten Klassen gemeint sein, also gleichmäßig die **confirmandi**, **emendandi** und **corrigendi j. c. gr.** proponirten, weil gerade die gleich erwähnte **successio ordinum**, („**easque per ordinem disposuisset**") offenbar auf alle Theile der **b. p.** bezogen werden soll. Es hat also den Sinn, als wenn gesagt wäre: **quas memoratas species successionum Praetor per ordinem disposuit** [4]).

---

4) Sehr sonderbar gefaßt sind die folgenden Worte, womit die **succes-**

Noch einen anderen Zweifelsgrund bieten indeß die Worte durch die Eigenthümlichkeit der Construction, indem das Verbum des Vordersatzes im Plusquamperfectum (**quum introduxisset**), das des Nachsatzes dagegen im Perfectum steht (**praefinivit**). Daraus könnte geschlossen werden, daß die verschiedenen **species successionum** bereits bestanden hätten, als dann später noch die Deliberationsfristen hinzugekommen wären. Aber diese Interpretation ist deßhalb undenkbar, weil Justinian auch das Aufeinanderfolgen der **ordines** im **Plusquamperfectum** erwähnt, und dieses doch ohne eine Ansetzung von Fristen gar nicht Statt finden konnte. Wir dürfen es also wohl nur auf Rechnung der schlechteren Latinität setzen, daß wir nicht auch im Anfange das bloß erzählende Perfectum finden. —

Abgesehen von diesen Ungenauigkeiten, die sich dem Zeitalter Justinians sehr wohl vergeben lassen, finden wir nun aber unsere Stelle durchaus mit dem oben Gesagten und namentlich mit **fr. 1. de succ. ed.** übereinstimmend, so daß wir wohl nicht zweifeln dürfen, daß dieselbe aus einem älteren Juristen entlehnt sei. Ihr Sinn ist, daß die Aufstellung verschiedener auf einander folgender Successionsklassen mit Festsetzung gewisser Fristen um des Interesses der Creditoren willen geschehen sei, und gerade weil hier das Recht des **fiscus** an den **bona vacantia** nicht erwähnt wird, dürfen wir wohl schließen, daß die von den Compilatoren benutzte Quelle nicht das **fr. 1. de succ. ed.** selbst ist. Freilich kann man aus Justinians Worten nicht erkennen, welche **species successionum** zuerst aufgestellt worden sein, denn er redet hier, an das Vorhergehende anknüpfend, absolut von allen Klassen, von der **b. p.** als einem Ganzen; und deßhalb kann er auch nicht meinen, daß wirklich der Constituirung jeder einzelnen Klasse dieses Ganzen das Interesse der Creditoren zum Grunde gelegen ha-

---

sio graduum in den einzelnen Klassen angedeutet ist. Man erwartet einen Satz, dessen Verbum auch wieder eine Thätigkeit des Prätors ausdrückte, etwa so: „und da er auch in den einzelnen Klassen eine **successio** der in verschiedenen Graden stehenden Personen anerkannt hatte.“

be; wie er ja z. B. für die **b. p. unde cognati** selbst einen ganz anderen Zweck angiebt [5]): Eben darin aber liegt es, daß er solche aus einem anderen Zweck hervorgegangenen einzelnen Theile als spätere Zusätze ansehen muß, indem er sonst der eigenen Angabe des allgemeinen Einführungsgrundes der **b. p.** widersprechen würde.

Wir können daraus die General-Regel ziehen, daß wo wir bei einzelnen Klassen die Erreichung ganz besonderer Absichten wahrnehmen, wir auch einen späteren Ursprung derselben annehmen müssen, und danach wird aus unseren späteren Untersuchungen genugsam erhellen, daß weil allen vom Prätor neu errichteten **ordines** ein eigener Zweck zum Grunde liegt, die früheste Gestalt der **b. p.** sich nur auf die civilrechtlichen Klassen bezogen haben kann.

So scheint mir denn auch durch diese Institutionenstelle die Richtigkeit meiner Ansicht dargethan zu sein.

§. 17. — VI. Um den Beweis über den Ursprung der **b. p.** zu vervollständigen, muß nun endlich noch versucht werden, die Zeit zu ermitteln, in welche man denselben zu setzen hat. Dabei wird es möglich sein, das Verhältniß genauer festzustellen, in welchem man sich das im §. 8 untersuchte Edict der Pontifen zur **bonorum possessio** denken muß.

Es ist nämlich nach der ganzen bisherigen Entwicklung wohl nicht zu verkennen, daß beide Rechtsinstitute in einem engen historischen Zusammenhange stehen müssen. Die **pro herede usucapio** ist, wie Gaius sagt, um der **sacra** und Creditoren willen eingeführt. Jenes Pontifenedict (wie ich es kurz nennen will) betrifft lediglich das Interesse der **sacra**, die **bonorum possessio** dagegen ist, wie nunmehr wohl angenommen werden darf, aus dem der Creditoren hervorgegangen. Während Beides vereint die **pro herede usucapio** hervorgerufen hat, so ist dann noch jedes für sich die Ursache zweier anderen Rechtsinstitute geworden. Außer diesem inneren Zusammenhange ist nur aber noch nachzuweisen, daß auch

---

5) §. 3. J. de legit. agn succ.

die historische Aufeinanderfolge dieser drei Institute so gewesen sein müsse, wie er bisher nur vermuthungsweise angenommen ist.

Daß das Pontifenedict späteren Ursprungs sei, als der Anfang der zweiten Periode der **pro herede usucapio**, glaube ich nach dem im §. 8 zu Note 4 Gesagten als sicher annehmen zu dürfen. Es muß daher nur noch dargethan werden, daß die Entstehung der **bonorum possessio** wiederum noch hinter das Pontifenedict zu stellen sei.

Daß die **bonorum possessio** am Ende der Republik bereits eine geraume Zeit bestanden hatte, wissen wir aus Cicero [1]), aber Niemand datirt sie so weit zurück, daß sie noch früher wäre, als die **pro herede usucapio** in ihrer älteren Gestalt. Und man wird auch diesen Gedanken nie plausibel finden, wenn man bedenkt, wie sehr die letztere mit ihrer engherzigen und unjuristischen Interpretation den Character gleich der nächsten auf die 12 Tafeln folgenden Zeit an sich trägt, während man die Aufstellung neuer Rechtssätze durch den Prätor erst viel späteren Zeiten zuweisen darf. — Aber eine ganz andere Frage ist es, ob man nicht den Ursprung der **b. p.** in die erste Periode der **pro herede usucapio** legen solle, indem gerade dadurch der Prätor eine geregeltere Art und Weise, wie Jemand die **hereditas** ersitzen könne, habe einführen wollen. Diese Ansicht ist in der That bereits aufgestellt worden [2]), und es wird am passenden Ort eine ausführliche Widerlegung gegeben werden. Hier soll nur Folgendes bemerkt werden, was aber doch hinreichen wird, einer solchen Auffassung der Sache die nöthige Basis zu entziehen.

Es handelt sich nämlich hier um das Grundprincip, auf welchem man das ganze Gebäude der **b. p.** aufbauen will. Wenn man nun die ursprüngliche **b. p.** als die Verleihung einer **pro herede usucapio** durch die das Erbrecht selbst ersessen würde, auffassen will, so muß man zugestehen, daß doch wenigstens in der späteren Gestalt, wie sie uns von den klas-

---

1) In Verr. II. 1. 44. in fin. „et hoc vetus edictum translatitiumque esse."

2) Huschke in den Richterschen Jahrbüchern 1839. S. 12. u. 13.

sischen Juristen dargestellt wird, die **bon. poss.** auf einem ganz anderen Principe ruhen müsse. Das beweist jedenfalls Gaius, der ganz allgemein aussagt, die **pro herede usucapio**, als eine Ersitzung des Erbrechtes sei nicht mehr in Gebrauch. Und er sollte es übersehen haben, daß in der so wichtigen und weitgreifenden **b. p.** noch immer die ältere **pro herede usucapio** fortbestände? — Es beweisen dies aber auch die uns überlieferten positiven Darstellungen von der **b. p.**, indem der **bonorum possessor** von Anfang an, und nicht erst nach Ablauf eines Jahres als **heres** gilt. Freilich nur als ein fingirter **heres**, aber diese Fiction ist keineswegs auf die als vollendet angenommene Usucapion gebaut, denn dann wäre ja wiederum die ältere **pro herede usucapio** noch in Geltung gewesen, indem doch die einstweilen fingirte Ersitzung nach Ablauf der gewissen Zeit wirklich hätte vollendet werden müssen. Vielmehr ruht die Fiction, wie später noch weiter ausgeführt werden wird, auf ganz anderen Voraussetzungen.

Wenn man nun also zugeben muß, daß das Grundprincip der **b. p.**, wie wir es später erblicken, mit der **pro herede usucapio** in gar keinem Zusammenhang steht, so fragt sich, was uns auf die Ansicht bringe, daß in der früheren Zeit allerdings dieser Zusammenhang bestanden habe? Bemerkungen unserer Quellen führen uns nicht im Geringsten darauf hin, noch weniger aber eine innere Wahrscheinlichkeit. Denn es leuchtet ein, daß die **b. p.**, welche nichts wie eine **pro herede usucapio** war, und die **b. p.** der späteren Zeit, durchaus verschiedene Institute sind, daß also mit dem Ganzen eine völlige Revolution vorgegangen sein müsse; aber können wir eine solche wohl vermuthen, wenn uns auch nicht einmal ein Wink unserer Quellen darauf hinführt?

Statt dessen aber finden wir eine ausdrückliche Bemerkung, welche gewiß nicht zuläßt, daß wir eine so wesentliche Umschmelzung des Institutes annehmen dürften. Denn vor Cicero mußte sie doch jedenfalls geschehen sein, und dieser sagt a. a. O.: **posteaquam jus Praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus, etc.**

Dazu kommt endlich noch folgender Grund: Wenn die **b. p.** zur Zeit der älteren **pro herede usucapio** eingeführt

wäre, so mußte sie auch früher sein, als das Pontifenedict, welches erst in der zweiten Periode der pr. her. us. aufgestellt sein kann. Aber ist es wohl denkbar, daß die Pontifen hierauf noch gekommen sein könnten, wenn die bon. poss. bereits bestanden hätte, ein Institut welches doch gewiß bei den meisten Erbfällen zur Anwendung kam, und dann auch immer den Pontifen zur gehörigen Prästation der sacra verhalf? Damit soll nicht gesagt werden, daß die b. p. das Pontifenedict durchaus unnöthig gemacht habe. Es konnte allerdings noch in manchen Fällen, namentlich wenn Niemand b. p. agnosciren wollte, bedeutend werden [3]), aber es ist doch eine andere Frage, ob etwas für einzelne im Verhältniß geringe Fälle fortbestehen bleibe, oder ob es eigends erst für dieselben constituirt werden solle, wo doch der Prätor nun sehr viel einfacher hätte abhelfen können [4]).

Danach darf also angenommen werden, daß die b. p. nicht bloß später sein müsse als die erste Periode der pro herede usucapio, sondern auch später als das Pontifenedict. Da dies Letztere aber noch vor der lex Voconia (585) aufgestellt ist, (§. 8. Note 9.) so kann die b. p. auch schon vor diesem Gesetze entstanden sein, und wenn nun auch die Verhinderung der Mission der Creditoren in den oben erörterten Stellen als Grund ihrer Einführung angegeben wird, so scheint doch das am Ende des §. 9 Gesagte zu genügen, um den Gedanken zu verhindern, daß der Anfang der b. p. etwa erst nach der Rutiliana actio, also nach dem Jahre 649 zu setzen sei.

An diese Erörterung knüpft sich von selbst die Frage, welchen Platz nun das successorium edictum in dem schon bestehenden Pontifenedicte, das überhaupt das Vorbild für die Prätorische Rechtsänderung gewesen zu sein scheint, eingenommen habe?

---

3) Und es bestand ja auch zu Cicero's Zeit neben der b. p.

4) Etwa durch einen neben der ordentlichen b. p. hergehende missio in possessionem.

Savigny [5]) meint, es habe die dritte Klasse (nach Scävolas Theorie) hauptsächlich gerade den **bonorum possessor** enthalten: (**is qui de bonis, quae ejus fuerint, quum moritur, usuceperit plurimum possidendo**); obgleich damit freilich auch der gewöhnliche Fall der **pro her. usucapio** gemeint sei, welche Jemand durch eigenmächtige Besitzergreifung ausübt. Dieser Satz hängt eng mit der ganzen Ansicht Savigny's über den Ursprung der **b. p.** zusammen, welche hier noch nicht der genaueren Prüfung unterworfen werden kann. Indeß muß sogleich an diesem Orte Folgendes bemerkt werden.

Allerdings konnten die Pontifen den **bonorum possessor**, wenn er den größten Theil des Vermögens in Besitz bekommen, und nach einem Jahre usucapirt hatte, als **pro herede** Usucaptor zu den **sacra** anhalten. Aber darin liegt doch, daß eigentlich nicht die Ertheilung der **b. p.** der wahre Verpflichtungsgrund zu den **sacra** ist, sondern der Satz, daß jeder Besitzer der **corpora hereditaria** sie prästiren müsse, gleichviel auf welche Art er den Besitz erlangt habe.

Hier aber ist die Frage, ob nicht schon in der bloßen Ertheilung der **b. p.** also in der Constituirung eines fingirten **heres** eine Verbindlichkeit zu den **sacra** liege, welche also auch nicht erst davon abhängig ist, ob wirklich der **b. possessor** den Besitz vom größten Theil des Vermögens erlangt, und ein Jahr durch bewahrt hat. Wenn man eine solche Verbindlichkeit nicht annehmen wollte, so würde man für eine Reihe von Fällen zugeben müssen, daß die Pontifen sich an Niemanden halten könnten. Wenn z. B. die **b. p.** mehren Personen nach gleichen Theilen gegeben, und danach das Vermögen vertheilt war, so brauchten sie, wenn sie nicht schon als **b. possessores** hafteten, gar keine **sacra** zu prästiren, weil Keiner den größeren Theil des Vermögens usucapirte. Oder wenn gar keine körperliche Sachen (sondern vielleicht nur Forderungen) sich in der Erbschaft befanden, so konnte von einer **pro herede usucapio** nicht die Rede sein, wohl aber von einer **b. p.**, bei der indeß die Pontifen leer hätten ausgehen müssen.

---

5) In der bereits citirten Abhandlung über die sacra privata. S. 367 u. ff.

Es ist nicht wahrscheinlich, daß die Pontifen sich dabei zufrieden gestellt haben sollten, und es entsteht die Frage, ob nicht überhaupt die **bonorum possessio** in eine ganz andere Klasse zu stellen sei. Wenn dies aber der Fall wäre, so leuchtet es ein, daß nur von der ersten Klasse (**heredum causa justissima est**) die Rede sein könne. Daß nun wirklich hierin auch die **b. p.** begriffen sei, läugnet Savigny (S. 365) ganz entschieden, „indem es wohl keines Beweises bedürfe, daß in einer „Regel, die sich so lange vor Ciceros Zeit gebildet hatte, der „Ausdruck **heres** im strengen Sinne, nämlich allein vom Ci„vilerben verstanden werden müsse, da ja noch in weit späte„ren Zeiten dieser bei genauer Rede beobachtet werde.“ [6]).

Einestheils geht aus dem bereis oben Gesagten hervor, daß auch ich nicht glaube, **heres** habe ursprünglich hier mehr bedeutet, als den civilrechtlichen Erben, indem ich gezeigt habe, daß das Pontifenedict älter sein müsse, als die **b. p.** Aber anderntheils meine ich auch, daß die später hinzugekommene **b. p.** nun in dieselbe Klasse mit der **hereditas** gehöre. Freilich erkennt man an, daß der **bon. possessor** kein **heres** sei, aber es wird doch gleich hinzugesetzt, daß er **loco heredis** sei, also ebenso behandelt werde. Es äußert sich dieß gleich darin, daß er von den Creditoren belangt werden kann. Nun aber muß man doch den Anspruch der Erbschaftsgläubiger und den der Pontifen ganz auf dieselbe Stufe gestellt haben, da ja früher gleichmäßig für beide die **pro herede usucapio** eingeführt worden war. So kann man denn auch Nichts dagegen gehabt haben, daß ebenso wie die Creditoren den **b. possessor** als **heres** belangten, in derselben Eigenschaft sich auch die Pontifen an ihn halten konnten [7]). Ein Schaden ward dadurch Niemandem zugefügt, denn entweder war der **b. possessor** selbst der **heres**, und so auch allein zu den **sacra** verpflichtet,

---

6) Ulp. XXVIII. 12. — hi, quibus b. p. datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur.

7) Danach erklärt sich, daß in fr. 12. §. 4. de religios. die Begräbnißpflicht, (die der Erblasser Niemanden insbesondere aufgelegt hat), als den heredes ganz nach der Reihe des successorium edictum obliegend, dargestellt wird.

oder es war eine Person, der der **heres** die Erbschaft noch wieder abfordern konnte, und dann durften ja diesem wieder die Verwendungen berechnet werden, welche der **bonorum possessor** für die **sacra** gemacht hatte.

Daß dies wirklich sich so verhalten haben müsse, zeigt endlich noch folgender Umstand. Die zweite Klasse nach Scävola's Theorie betrifft die Legatare, und es ist oben entwickelt, daß sie als eine Nebenklasse an die der **heredes** sich anknüpft. Nun kann doch wohl nicht bezweifelt werden, daß die Legatare wenn sie von einem **bon. possessor secundum tabulas** ihr Recht ableiten, nicht weniger von den Pontifen zu den **sacra** angehalten werden; aber dann muß man auch den **bon. possessor** in die erste Klasse gerechnet haben, weil die zweite nur von der ersten ihr Bestehen ableitet; und man muß den **b. possessor secundum tabulas** selbst neben den Legataren an den **sacris** haben Theil nehmen lassen. —

Somit scheint das Verhältniß des Pontifenedictes zur **b. p.** ermittelt, und nun kann denn auch endlich erklärt werden, warum in den Stellen über den Ursprung der **b. p.** nur von einer den Creditoren, nicht auch den Pontifen zu gewährenden Hülfe die Rede ist. Den Impuls gaben nur die Creditoren, da die Pontifen sich bereits durch eigene Hülfe geschützt hatten. Aber das neue Institut ward dann auch den Letzteren nützlich, namentlich weil die **b. p.** wie gleich gezeigt werden wird, sehr bedeutend der **pro herede usucapio** (in ihrer zweiten Periode) entgegenwirkte, also die Pontifen, wenn sie in Ermangelung eines **heres** sich bloß an den **pro herede** Usucapienten hätten halten können, leicht ganz leer ausgegangen wären.

Zweites Kapitel.

Subjecte der bonorum possessio.

§. 18. Wenn ich glaube in dem ersten Kapitel die richtigen Gesichtspunkte über den Ursprung der b. p. angegeben zu haben, so ist doch damit noch nicht genug geschehen, um bereits den Begriff derselben scharf construiren, und mit den Definitionen zusammenhalten zu können, welche wir von unserm Institute in den Quellen finden. Vielmehr müssen die einzelnen Theile des Ganzen, welche bisher nur kurz erwähnt werden konnten, einer genaueren und abgesonderten Prüfung unterzogen werden, und während bisher nur die Beweise vorgebracht wurden, welche sich auf das ganze Institut beziehen, so ist jetzt die Beweisführung auf die einzelnen Theile desselben zu richten. Diese lassen sich sehr natürlich unter die beiden Fragen, nach den Subjecten und nach den objectiven in der b. p. enthaltenen Rechten zusammenstellen. Erstere werden den Gegenstand dieses zweiten, letztere den des dritten Kapitels ausmachen. Aber dabei ist stets festzuhalten, daß in diesem ganzen ersten Buche nur dasjenige seine Stelle findet, was mit dem Begriffe der b. p. in nothwendigem Zusammenhange steht, so daß Alles was entschieden erst späterer Zusatz ist, oder was andere Veranlassungsgründe hat, als der im vorigen Kapitel dargestellte, hier ausgeschlossen bleibt.

Darnach wird es Niemand auffallen, daß die eigentliche Definition der **b. p.** erst am Ende des dritten Kapitels sich finden kann, daß aber auch in diesem ganzen zweiten und dritten Kapitel keine weiteren Untersuchungen vorkommen werden, wann die einzelnen besprochenen Theile ins Edict aufgenommen sein mögten. Die gesammte Darstellung wird eben das umfassen, was der Kern der **b. p.** ist, was also auch seit ihrer ersten Einführung bestanden haben muß. Damit soll freilich nicht behauptet werden, daß Alles dieses nothwendig von einem und demselben Prätor aufgestellt sei. Manches davon kann von späteren Prätoren allerdings noch klarer gefaßt oder in ein feineres juristisches Gewand gekleidet sein, aber der Keim war denn doch schon bei der ersten Einführung der **b. p.** vorhanden, und wenn wir nur alle diese Keime entdecken, die aus einer und derselben Wurzel hervorgeschossen sind, so ist damit der Hauptvortheil der historischen Forschung errungen. Wohl lohnt es sich nachzuspüren, ob mehre ineinander verwachsene Zweige aus verschiedenen Wurzeln emporgetrieben seien, aber es kommt weniger darauf an, zu wissen, welche von mehren Schößlingen e i n e r Wurzel die früheren, welche die späteren seien. So z. B. halte ich die **fictitiae actiones** und das **Interd. quor. bon.** für ursprüngliche Bestandtheile der **b. p.**, dagegen die Aufstellung neuer Erbklassen für spätere Zusätze, und der Beweis, daß dem so sei, ist allerdings höchst bedeutend, weil bei der entgegengesetzten Ansicht die ganze Lehre eine andere Gestalt gewinnen muß.

Umgekehrt aber ist es für den Begriff und die dogmatische Erkenntniß der **b. p.** nicht von Wichtigkeit, ob vielleicht dieselbe bereits zu einer Zeit bestanden habe, wo es noch keinen wahren Interdictenproceß gab, also auch die F o r m des **Interdictum quor. bon.** noch nicht vorhanden war. Denn mag dies auch der Fall gewesen sein, so mußte doch von Anfang an ein Prätorischer Schutz vorhanden sein, der, wenn auch noch nicht in das juristische Gewand des **Int. quor. bon.** gekleidet, dieselben Dienste leistete. Hier können wir also auch der historischen Untersuchung ein Ziel setzen, ganz abgesehen davon, daß die Beantwortung dieser Frage wegen

alles Mangels von Anhaltspunkten immer eine sehr mißliche sein würde.

Die Darstellung der Subjecte der b. p. theilt sich nach dem im ersten Kapitel Gesagten in zwei Theile. Es war die Hauptabsicht des Prätors, vor Allem den heres selbst, also den vom Civilrecht gerufenen Erben, zur Einhaltung der aufgestellten Deliberationsfrist zu bewegen, und nur, wenn dies nicht gelungen war, einen Anderen an seiner Statt zu berufen. Wir fragen also:

1) durch welche Mittel suchte der Prätor den heres zur Beobachtung der Fristen anzuhalten? (§. 19—21)

2) Wem gab er das Recht der **successio in locum heredis**? (§. 22 ff.)

§. 19. Die Mittel, welche der Prätor anwenden konnte, um den vom Civilrecht berufenen heres zu bewegen, daß er eine ihm zur Erbantretung gesetzte Frist respectirte, konnten theils Nachtheile sein, welche an die Versäumung der Frist geknüpft wurden, theils Vortheile, die er umgekehrt für die Befolgung derselben darbot. Daß Etwas der Art im Gebiete der b. p. bestanden haben müsse, muß nothwendig gleich hier nachgewiesen werden, um selbständig den aufgestellten Satz zu rechtfertigen, daß es wirklich vor Allem die Absicht des Prätors war, den heres zur Erbantretung zu bewegen.

Aber vorher muß doch noch gefragt werden, welche Art der Antretung der Prätor hier vom heres überhaupt verlangt habe, und dabei wird uns das oben im §. 5 in Beziehung auf die pro herede usucapio Gesagte auf den richtigen Gesichtspunkt leiten. Wenn bloß von der formellen Erklärung die Rede wäre, die Jemand rücksichtlich der Annahme oder Ausschlagung der hereditas abgiebt, so müßte nothwendig ein Unterschied zwischen dem suus und dem extraneus heres aufgestellt werden, und für Beide die Anwendbarkeit einer Deliberationsfrist eine ganz verschiedene sein. Denn beim suus (mag er ex testamento oder ab intestato erben) versteht sich diese Erklärung von selbst, er wird ipso jure Erbe, es braucht

also ihm keine Deliberationsfrist gesteckt zu werden. Alsdann könnte daher auch beim **suus heres** gar nicht an eine Anbietung der **bon. poss.** gedacht werden. Aber wenn wir uns die Gründe vor Augen stellen, welche im §. 5 zur Annahme führten, daß anfangs auch gegen den **suus heres** die **pro herede usucapio** gelaufen haben müsse, so werden wir hier ebenso die Anwendbarkeit der **b. p.** auf denselben verstehen können. Ebensogut wie die **pro her. usucapio** erst durch die factische Besitznahme des Vermögens ausgeschlossen wurde, so wollte jetzt auch der Prätor, der an die Stelle der **pro herede us.** ein besseres, aber denselben Zweck erfüllendes Institut zu setzen beabsichtigte, daß der **heres** sich noch in anderer entschiedenerer Weise der Erbschaft annähme, als das Civilrecht zur **hereditatis aditio** erforderte. Welcher Gedanke lag hier näher, damit es völlig sicher wäre, der **heres** wollte den Creditoren zu Recht stehen, und sich auch den **sacra** nicht entziehen, — als daß der Prätor eine vor seiner Person geschehene Erklärung der Erbschaftsannahme fordern mußte, daß er nur hiedurch von anderen Maßregeln abstehen zu können erklärte, mittelst deren auch ohne den civilrechtlichen **heres** den Creditoren Recht geschafft würde?

Aber von der anderen Seite konnte man auch vom **heres** nicht mehr, als diese vor dem Prätor vorgenommene **hereditatis aditio** verlangen. Das Interesse der Gläubiger war dadurch völlig sicher gestellt, und so konnte also das neue Institut eine viel passendere Gestalt gewinnen, als die **pro herede usucapio** gehabt hatte, wobei der **heres** nur durch factische Besitznahme des Vermögens das Einrücken eines Anderen zu verhindern vermogte. Das was bisher Erforderniß einer genügenden Erbantretung gewesen war, ließ sich jetzt leicht zu einer wohlthätigen Folge derselben umwandeln, d. h. während der **heres** vorher so gut es gehen wollte selbst Besitz ergreifen mußte, so konnte ihm jetzt, sobald er nur der in Gegenwart des Magistrats vorzunehmenden **hereditatis aditio** genügt hatte, umgekehrt die Prätorische Hülfe zur factischen Besitzergreifung gewährt werden, wodurch sich offenbar die derselben etwa im Wege stehenden Hindernisse sehr viel leichter hinwegräumen ließen.

Hieraus erklärt sich vollständig einestheils die Form, unter welcher die b. p. ertheilt wird, und anderntheils der Satz, daß die b. p. auf alle Arten von heredes anwendbar ist.

1) Die Form nämlich, in der die b. p. ertheilt wird, zerlegt sich in zwei Handlungen, von denen beiden eine jede durchaus wesentlich ist, da darin zwei sehr bedeutende Rechtsgeschäfte verborgen liegen.

a) Zuerst die in Gegenwart des Magistrats vorgenommene Erbschaftsantretung. Daß diese wirklich in dem Nachsuchen der b. p. von Seiten des heres liege, wird von Niemand bezweifelt, aber man muß noch weiter gehen, und sie nicht bloß für eine zufällige Nebenwirkung, welche aus der b. p. agnitio ganz von selbst hervorgehe, halten, sondern für den eigentlichen Kern dessen was der Prätor beabsichtigte. Es sollte von jetzt an eine formellere Antretungsart der Erbschaft statt finden, als wie das Civilrecht erforderte, und gerade in der Form, die dem Civilrechte hinzugefügt wurde, nämlich in dem Beisein des Prätors, lag die Bürgschaft, welche die Sicherheit der Creditoren erheischte.

b) Wenn aber diese hereditatis aditio vorgenommen ist, so ertheilt nun auch der Prätor dem heres zur Belohnung dafür, daß er die Frist eingehalten, und den Creditoren sich gestellt hat, das beneficium, daß der heres sich bei der factischen Besitzergreifung der Prätorischen Hülfe bedienen darf. Indem der Prätor ausspricht: „do bonorum possessionem" [1]), ist damit alle Macht seines Imperiums dem heres zugesichert, dessen Besitzergreifung sich irgend ein Anderer würde entgegensetzen wollen.

In der späteren Zeit sagte der Agnoscirende, wenn er vor dem Prätor erschien, vielleicht bloß: peto bonorum possessionem, und für diese späteren Zeiten ist dies völlig erklärlich, aber im Anfange mußte seine Erklärung gewiß so

---

1) S. v. Löhr Magaz. III. S. 285. Es ist nach der bald genauer zu interpretirenden Stelle des Cicero (Verr. I. 45) sehr wahrscheinlich, daß in früheren Zeiten die Erklärung des Prätors nicht lautete: do tibi b. p. sondern do tibi hereditatem.

gefaßt sein, daß darin, falls er wirklich **heres** war, auch die **hereditatis aditio** klar ausgesprochen lag.

2) Weil nun aber nach des Prätors Willen die **hereditatis aditio** eine formellere sein soll, als das Civilrecht verlangt, so folgt, daß sie auch von denen gefordert wird, bei welchen nach Civilrecht sie ganz **ipso jure** mit der Delation eintritt, bei den **sui heredes**. Einen anderen Erklärungsgrund, dafür daß bei ihnen eine **b. p.** eintritt, kann ich mir nicht denken, aber ich halte auch den angegebenen für völlig genügend.

§. 20. Nach dieser Voruntersuchung, welche gezeigt hat, daß die **b. p.** auf alle **heredes** anwendbar ist, können die Mittel in Betracht gezogen werden, durch die man sie dazu bringen wollte, vor dem Prätor die Erbschaft anzutreten.

1) Bei den gedrohten Nachtheilen, welche der **heres** für Nichtbefolgung dieser Vorschrift zu befürchten hatte, darf man keinenfalls daran denken, daß es je in des Prätors Absicht habe liegen können, ihm das Erbrecht, welches er in einer bestimmten Frist nicht geltend gemacht hätte, nach Ablauf derselben gänzlich, etwa durch eine Denegation der Klage, zu entziehen. Eine solche Härte war gerade in der älteren **pro herede usucapio** enthalten gewesen, und es lag nahe genug, daß man sie jetzt zu vermeiden habe, aber auch sehr leicht vermeiden könne. Eben das, was man durch die **pro herede us.** erreicht hatte, wollte man auch jetzt haben, nämlich eine Person, die den Creditoren und Pontifen gegenüberstände. Aber war es nöthig, ihr nun auch definitives Erbrecht zuzugestehen? Wenn man sie als interimistischen Repräsentanten des säumigen **heres** (**loco heredis**) auffaßte, welcher so lange ganz nach eigenem Willen mit der Erbschaft schalten und walten könnte, bis der **heres** sein Erbrecht von ihm einforderte, so war offenbar der Zweck vollständig erreicht, und dabei eben dem **heres** die Möglichkeit gelassen, trotz seiner Säumigkeit sein Erbrecht noch gegen den Repräsentanten geltend zu machen.

Dies sind nun in der That die Grundsätze, die wir in der **b. p.** finden. Der nach dem **heres** Berufene ist nur sein Repräsentant (**loco heredis**) bis der wahre Erbe mit der **hereditatis petitio** auftritt; aber er darf bis dahin über die Erb-

schaft frei herrschen und verfügen. Die weitere Ausführung dieser Sätze wird im dritten Kapitel gegeben werden, hier waren sie bereits zu erwähnen, um das Interesse des **heres** selbst anschaulich zu machen, welcher doch, wie sich von selbst versteht, bedeutenden Nachtheil dadurch leiden kann, wenn einem Anderen das Recht gegeben wird, über seine Erbschaft nach Belieben zu disponiren. Wenn er also überhaupt nicht auf dieselbe verzichten wollte, so mußte ihm dies ein Anreizungsmittel sein, wie ein **bonus paterfamilias** keines stärkeren bedurfte, — sich in die ihm vom Prätor gesetzte Frist zu fügen, und durch seine eigene solenne Erbantretung das Einrücken eines Fremden zu verhindern.

2) Es wäre möglich, daß der Prätor sich hiermit ganz begnügt hätte. Er konnte sicher sein, daß in den meisten Fällen der **heres** dadurch bewogen werden würde, den aufgestellten Regeln nachzukommen. Aber jedenfalls mußten dieselben noch viel schnelleren und allgemeineren Eingang finden, wenn er auch positive Vortheile dem gehorchenden **heres** darbot. Daß er dies wirklich gethan habe, darauf führt uns schon das im vorigen § Gesagte, wo gezeigt wurde, daß die Form der Ertheilung der **b. p.** sich in zwei Theile auflöse, in die vor dem Prätor vorgenommene Erbschaftsantretung, und in die zur Belohnung dafür vom Prätor zugesicherte Hülfe bei der Besitzergreifung. Dort war dies nur aus einer Vergleichung mit der älteren **pro herede usucapio** abgeleitet, welche Vergleichung sich aus dem genauen Zusammenhang beider Institute rechtfertigt, wie er im vorigen Kapitel dargestellt worden ist.

Jetzt läßt sich dies nun auch, um keinem Zweifel mehr Raum zu lassen, durch bestimmte Quellenzeugnisse darthun. Gaius **III. 34.** spricht von den beiden Intestatklassen, welche zu seiner Zeit allein noch aus den älteren Civilrecht übrig waren, den **sui** und den Agnaten, und erörtert die Bedeutung, welche für sie die **b. p.** habe:

> **Item ab intestato heredes suos et agnatos ad bonorum possessionem vocat. quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is, qui ita bonorum possessionem**

petit, interdicto cujus principium est: quorum bonorum uti possit, cujus interdicti quae sit utilitas suo loco proponemus, alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet jure civili.

Dies Interdictum quorum bonorum ist adipiscendae possessionis, mit anderen Worten: es soll dadurch die Besitzergreifung realisirt oder erleichtert werden. Dies wird als das alleinige beneficium („in eo solo") d. h. als der positive Vortheil angegeben, welchen der heres durch die bonorum possessio gewinne, und das ist es ja auch, was im Grunde lediglich in den Worten bonorum oder hereditatis [1]) possessio liegt. So sieht man also schon aus dem Namen selbst, daß der vorzügliche Zweck des Prätors das Heranziehen des heres war, dessen Folgeleistung dann mit dem beneficium der erleichterten Besitzergreifung belohnt wurde.

Freilich ist nun die Bedeutung dieses Interd. quor. bon. ausnehmend bestritten, was uns im dritten Kapitel zu einer sehr ausführlichen Untersuchung veranlassen wird. Aber jedenfalls ist das hier Gesagte unzweifelhaft, während die weitere Frage, wie eigentlich durch das Int. quor. bon. die Besitzergreifung erleichtert worden sei, jenem späteren Orte zugewiesen bleiben muß [2]).

---

1) Daß bona hier ganz gleichbedeutend genommen ist mit hereditas, sieht man schon aus der §. 14 Note 5 citirten Stelle. Es wird später gezeigt werden, daß der ursprüngliche Name unseres Institutes hereditatis possessio nicht bonorum possessio war. —

2) Neben die angeführte Stelle des Gaius, ist noch eine Aeußerung des Paulus in der Collat. XVI. 3. 5. zu stellen, über deren richtige Lesart man, wie ich glaube, nicht zweifelhaft sein darf. Die Worte lauten in der Blumeschen Ausgabe: Qui sui heredes sunt, ipso jure heredes etiam ignorantes constituuntur, ut furiosi aut infantes et peregrinantes, quibus bon. possessio propter praetoriam actionem non erit necessaria. — Wenn wir Paulus nicht die entgegengesetzte Ansicht im Vergleich zu Gaius beilegen wollen, (und das geht doch unmöglich), so müssen wir vor dem propter ein nisi einschieben. Man kann dies wohl unbedenklich, weil die Handschriften possessionis oder possessiones haben, (s. die

Indessen läßt sich ein das Interdict betreffender Punkt absondern, und gleich hier untersuchen, einestheils weil er bisher noch nicht in die über das Interdict herrschenden Streitigkeiten hineingezogen ist, anderntheils weil er sich auf den eben im vorigen Kapitel erörterten Zusammenhang der **b. p.** mit der **pro herede usucapio** bezieht, welcher für das ganze Verständniß der **b. p.** von so entschiedener Wichtigkeit ist, daß man ihn so viel wie möglich gleich zu Anfang festgestellt zu sehen wünschen muß.

§. 21. Die Formel des **Int. quor. bon.** ist uns in **fr. 1. pr. quor. bon.** aufbewahrt und lautet folgendermaßen:

> **(Ait Praetor): Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve**[1] **si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas.**

Aus den gesperrt gedruckten Worten sieht man, daß das Interdict auch zu einer Revocation der **pro herede usucapio** dienlich war, indem der sich auf dieselbe Berufende angesehen werden soll, als besäße er nur noch **pro herede** oder **pro possessore**, als habe er also die Usucapion noch nicht vollendet.

Nun wissen wir aus Gaius, daß für das Civilrecht erst durch Hadrian die **pro herede usucapio** aufgehoben ist, und zwar in derselben Art, wie sie durch das Interdict vernichtet wird, nämlich indem gegen den **hereditatis petitor** sie als unvollendet angenommen wird[2].

Blumesche Ausgabe) worin ja das possessio nisi fast ganz unverstümmelt erhalten ist. — Daß hier das Int. quor. bon. „praetoria actio" genannt wird, macht keine Schwierigkeit. fr. 37. pr. de o. et a. „Interdicta quoque actionis verbo continentur". —

1) Daß hier Beides, pro herede und pro possessore aus dem Vorhergehenden hinzuzudenken ist, und nicht bloß das Letztere, hat Arndts in der schon citirten Abhandlung über die her. pet. S. 88 u. ff. nachgewiesen.

2) Gai. II. 57. — Sed hoc tempore etiam non est lucrativa, nam

Jetzt entsteht die Frage, ob jener Passus im **Interd. quor. bon.** erst in's Edict aufgenommen sei, nachdem durch das Hadrianische Senatusconsult der **her. petitio** die Revocationskraft der **pro her. us.** verliehen war, so daß also die civilrechtliche Klage Vorbild und Veranlassungsgrund für die Erweiterung des Prätorischen Rechtsmittels gewesen wäre, oder ob man sich den historischen Zusammenhang gerade umgekehrt zu denken habe?

So viel ich weiß, wird heutzutage allgemein das Erstere angenommen [3]), und doch scheint mir das Letztere so sehr viel wahrscheinlicher zu sein. Eine Notiz darüber findet sich freilich in unsern Quellen nicht. Aus Gaius haben wir ja überhaupt erst das Hadrianische SC. kennen lernen. Wir müssen uns also mit inneren Gründen begnügen, und diese scheinen mir gegen die bisherige Ansicht, welche ohne alle Gründe als sich von selbst verstehend hingestellt ist, zu überwiegen.

Das Argument, daß zu Hadrians Zeit überhaupt nur noch Weniges in's Edict aufgenommen wurde, beweist doch jedenfalls so viel, daß wir für die Einführung einer Neuerung nicht gleich in dieser Zeit präsumiren, und es als sich von selbst verstehend annehmen dürfen, das Prätorische Recht folge hier dem Civilrechte.

Blicken wir nun aber zurück auf die Ursachen, aus denen oben der Ursprung der **b. p.** abgeleitet ist. Wenn es wahr ist, daß der Prätor, um nicht allein sicher, sondern auch bald die Creditoren befriedigt zu sehen, eine **successio** unter den civilrechtlichen **ordines** einführte, so mußte sich die Sache offenbar folgendermaßen gestalten. Das Civilrecht hat vier Klassen, die testamentarischen Erben, die **sui**, die Agnaten und die Gentilen. Die vom Prätor aufgestellten Fristen sind für die **parentes et liberi** ein Jahr, für die Uebrigen 100 Tage [4]).

---

ex auctoritate Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest heres ab eo qui rem usucepit hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

3) Savigny in seiner Zeitschr. V. S. 22. Arndts a. a. O. S. 93.

4) Es liegt der Gedanke sehr nahe, daß die Jahresfrist für die paren-

Da die testamentarischen Erben doch gewöhnlich fremde Personen sind, so folgt, daß die letzte, die den Gentilen deferirte Frist, ein Jahr und zweihundert Tage nach dem Tode des Erblassers eröffnet wird, was noch um hundert Tage früher sein kann, wenn sich beweisen ließ, daß derselbe **intestatus** gestorben war [5]).

---

tes et liberi nach einer sehr viel späteren Zeit aussieht, als worein der Ursprung der b. p. zu setzen ist, und daß sie sich anfänglich nur auf die sui bezogen habe.

5) Gegen diesen Satz wird vielleicht zweierlei erinnert werden, weßhalb gleich hier einige Gründe für denselben angegeben werden müssen:

a) Es gelte ja bei der b. p. das utile tempus, während hier die Fristen als continua gerechnet schienen. — Aber utile tempus bedeutet nur die Vergünstigung, von einem Zeitraume gewisse Theile, in denen man an der Vornahme einer Handlung verhindert war, abrechnen zu dürfen, so daß derselbe, obgleich er eigentlich schon verstrichen ist, noch fortgerechnet wird. Also man berechnet beim tempus utile auch immer ein continuum, welche das normale ist, von dem man nur wegen des bestimmten Vorbringens einer Person wieder abgehen kann. Bei der b. p. gestaltet sich also die Sache so, daß, wenn sie z. B. den ersten drei Klassen vergeblich deferirt ist, die Gentilen ganz so gerufen werden, als wenn die Fristen für die anderen Klassen continua gewesen wären. Und das utile tempus bedeutet nur, daß jetzt wo bereits den Gentilen deferirt ist, Jemand aus den früheren Klassen auftreten und es rechtfertigen kann, daß ihm die b. p. gebühre, wodurch dann allerdings die den Gentilen deferirte zusamzusamenfällt (data non intelligitur). — fr. 1. §. 10. de succ. edicto. „Quibus ex edicto b. p. dari potest, si quis eorum .... in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris b. p. perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit. —

b) Man könnte nach fr 1. §. 1. quis ordo in b. p. glauben, daß jedenfalls erst die Frist der b. p. sec. tab. abgelaufen sein müsse, ehe die intestati eröffnet würde, und es käme nichts darauf an, ob man darthun könne, es sei gar kein Testament zurückgelassen worden. Die Worte lauten: Sive tabulae testamenti non exstent, sive exstent, si secundum eas, vel contra eas b. p. nemo accepit, intestati datur b. p.

Damit scheint gesagt zu sein, die Frist der b. p. sec. tab. müsse erst abgelaufen sein, ehe die b. p. intestati gegeben werde, möge nun ein Testament vorhanden sein oder nicht. Allein fr. 1. §. 3. si

Das ist eine Zeit, wie sie unmöglich kürzer genommen werden konnte, um nicht die einzelnen Erbklassen wieder zu sehr durch zu geringe Fristen beeinträchtigt zu sehen. Und sie war von der anderen Seite auch kurz genug, weil doch jedenfalls in den ersten zwei Jahren die Creditoren und Pontifen ihre Befriedigung erhielten. Freilich hatte die ältere **pro herede usucapio** meist schon nach Ablauf des ersten Jahres dazu geführt, aber man muß bedenken, daß wenn es einestheils bei der **b. p.** ein Jahr länger dauere, anderntheils die Erbangelegenheit auch in viel kürzerer Zeit abgemacht werden konnte, und es außerdem ja nicht bloß der Zweck des Prätors war, ein recht eiliges, sondern auch ein sicheres Verfahren einzuführen. Bei den mancherlei Rücksichten, die nach allen Seiten zu nehmen waren, und wodurch sich gerade das Prätorische Institut vor der mangelhaften **pro herede usucapio** auszeichnete, kann man die in zwei Jahren eingeschlossene Erbschaftsregulirung eine so rasche nennen, als nur irgend zu erreichen stand.

Indessen ist doch sicher, daß in den am längsten dauernden Fällen die **b. p.** über den Zeitraum hinausreichte, in welchem die als eine Ersitzung der **res hereditariae** fortbestehende **pro herede usucapio** vollendet werden konnte. Damit aber erhebt sich das Bedenken, wie in solchen Fällen die **b. p.** eigentlich ein wirksames Institut habe sein können. Denken wir

---

tab. test. null. u. fr. 1. § 8 de succ. ed. zeigen, daß die Worte anders zu verstehen sind. Denn wenn durch den Beweis, daß der scriptus heres repudiirt habe, oder gestorben sei, schon vor Ablauf der ihm gesetzten Frist die intest. b. p. eröffnet werden kann, so muß dieß doch auch durch den Beweis möglich sein, daß gar kein scriptus heres wegen des Mangels eines Testamentes auftreten werde. fr. 3 unde lib.

Jene Worte sind so zu verstehen, daß der Zwischensatz si — accepit lediglich zu den Worten sive exstent, nicht auch zu den vorhergehenden sive non exstent gehört; wodurch denn das im Text Gesagte direct bestätigt wird. Man kann sich nämlich den Satz sive exstent bis accepit ganz wegdenken, und so sagt der Jurist:

si tabulae testamenti non exstent, (statim) intestati datur b. p.

uns den Fall, es seien den drei ersten Klassen die Fristen nach einander vergeblich deferirt worden, und es seien auch wirklich keine **heredes** aus diesen Klassen vorhanden, so waren die Gentilen die vom Civilrecht berufenen Erben, von denen wir einmal annehmen wollen, daß sie, weil dritte Personen ihnen zuvorgekommen waren, den Besitz der Erbschaftssachen nicht ergriffen, und überhaupt keine **hereditatis aditio** vorgenommen hatten. Der Prätor berief sie nun erst 1 Jahr und 200 Tage nach dem Tode des Erblassers zu der vor ihm zu vollziehenden Erbschaftsantretung [6]), welcher dann das **beneficium** der **bonorum possessio** d. h. der durch den Prätor bewerkstelligten Besitzergreifung folgte. Dies **beneficium**, welches durch das **Interd. quor. bon.** realisirt wird, ist doch offenbar gegen jene dritten Besitzergreifer gerichtet, welchen jetzt durch das Prätorische Imperium genommen werden soll, was auf andere Weise nicht von ihnen zu bekommen war. Nun aber wird dasselbe erst zu einer Zeit ertheilt, wo sie die **res hereditariae** bereits usucapirt haben, mithin als Eigenthümer ihre Herausgabe verweigern können. Darin liegt, daß dem nach Vollendung der **pro herede usuc.** die **b. p.** Erhaltenden das **Int. quor. bon.** keinen Vortheil mehr gewährt, und doch spricht Gaius es so bestimmt aus, daß für dem civilrechtlichen Erben lediglich hierin der Nutzen der **b. p.** läge, ein Nutzen der ihm nun aber doch auch wirklich zu Gute gekommen sein muß, wenn Gaius richtig gesprochen haben soll [7]).

Danach scheint mit Nothwendigkeit angenommen werden

---

6) Daß es eine **b. p.** unde gentiles gegeben habe, läßt sich nicht bezweifeln, wie alsbald wird nachgewiesen werden.

7) Es ist wohl zu bemerken, wie Gaius das Hadriansche SC. vorträgt, welches die Revocation der pro herede usucapio durch die heredit. petitio einführt. Er stellt zuerst II. 52—56 die pro her. us. als ganz practisches Recht dar, und knüpft daran erst im §. 57 die neue aufhebende Verordnung. Wenn das im Int. quor. bon. liegende beneficium erst seit Hadrian allgemeine Bedeutung bekommen hätte, so würde er III. 34. die Sache ebenso dargestellt haben. Statt dessen aber trägt er rein das Prätorische Recht vor, das beneficium muß also wohl ebenso lange bestanden haben, als überhaupt der Prätor die civilrechtlichen Erben zur b. p. rief.

zu müssen, daß das **Int. quor. bon.**, ganz abgesehen von den materiellen darin liegenden Rechten, wenigstens nicht von der Zeit abhängig gewesen sein könne, binnen welcher, vom Todestage an, die **b. p.** ertheilt worden war. Oder mit anderen Worten, das **Int. quor. bon.** muß von Anfang an die Revocation die **pro herede usucapio** enthalten haben, welche wir in seiner in den Digesten enthaltenen Form finden. Ein in vielen Fällen unnützes Institut kann der Prätor nicht haben einführen wollen. —

Zu diesem Bedenken gesellt sich noch ein anderes.

Es ist oben nachgewiesen worden, daß die erste Periode der **pro herede usucapio** jedenfalls schon vor der **lex Voconia** beendigt gewesen sein muß, da das Pontifenedict, welches älter als diese **lex** ist, jene **usucapio** als eine Ersitzung der Erbschaftssachen voraussetzt (§. 8 zu Note 9). Also bereits seit dem Jahre 585, und vielleicht noch eine geraume Zeit früher gewährte die **pro herede usucapio** nicht mehr das, um dessentwillen sie eingeführt war. Sie war mithin ein unnützes Institut geworden, und je störender sie nun doch in das Recht des eigentlich berufenen **heres** eingriff, um so mehr mußte man sie alsbald als eine „**improba usucapio**", wie Gaius [8]) sich ausdrückt auffassen. Dies Resultat liegt so erstaunlich nahe, daß damit die Nachricht des Gaius, die **pro herede usucapio** sei erst unter Hadrian (also etwa 300 Jahre nach der **lex Voconia**) unschädlich gemacht worden, in einem schreienden Mißverhältniß steht.

Wäre in der That in dieser ganzen Zeit die **pro her. us. de jure** völlig zulässig gewesen, wie sollen wir es erklären, daß in den uns aufbewahrten Schriftstellern, namentlich Cicero, sich nicht die geringste Klage darüber findet, da sie doch der Schrecken aller Erben sein mußte, und dem Cicero, wie wir aus seinem Aerger über die **lex Voconia** ersehen können [9]), gewiß nicht gefallen haben würde.

Dagegen erklärt sich die Sache ganz von selbst, wenn wir

---

8) II. 35.

9) Verr. II. 1. c. 41—45. de republ. III. 10.

annehmen, daß die Revocation der **pro her. us.** bereits diese ganze Zeit hindurch mittelst des **Int. quor. bon.** möglich gewesen sei. Jetzt war dem Einzelnen ein Mittel gegeben, das ihn vollkommen schützen konnte, und von der andern Seite läßt sich nun leicht einsehen, wie die **bon. poss.** ein so allgemein gangbares Institut werden konnte, dem sich so leicht wohl kein vom Civilrecht gerufener **heres** entzog. Da es nicht in der Macht des Prätors lag, den **heres** zum Gehorsam unter seine Vorschriften zu zwingen, so kann der wirklich allgemein geleistete Gehorsam nur die Folge solcher exorbitanter Vortheile gewesen sein. Und nun kann es uns auch nicht Wunder nehmen, daß man, weil Hülfe genug vorhanden war, so viele Jahrhunderte lang gar nicht daran dachte, das im Prätorischen Recht Geltende auch auf das Civilrecht zu übertragen, und auch der **her. pet.** die Revocationskraft beizulegen, bis denn endlich unter Hadrian dieser allerdings noch immer wünschenswerthe Schritt geschah.

Dies Resultat stimmt auch ganz mit den Gesichtspunkten überein, unter denen der Ursprung der **b. p.** dargestellt worden ist. Es war die Absicht des Prätors ein besseres Institut an die Stelle der hier weggefallenen ältern **pro herede usucapio** zu setzen. Darin aber liegt schon unmittelbar, daß er nun auch den zwecklosen Wirkungen entgegentreten mußte, welche aus der **pro herede usucapio** in ihrer zweiten Gestalt hervorgingen. Es handelt sich ja nicht darum, darzuthun, daß überhaupt das **Int. quor. bon.** eine Revocation der **pro herede usuc.** enthalten habe, sondern nur, daß dies nicht ein späterer Zusatz sei, und dafür ist der so genaue Zusammenhang mit dem eigentlichen Veranlassungsgrunde der **b. p.** von unmittelbarer Beweiskraft [10]).

§. 22. Ich gelange zu der zweiten Frage, welche in diesem Kapitel zu erörtern ist (§. 18), wen nämlich der Prätor,

---

10) Ein letzter, bedeutender Beweisgrund für die hier vorgetragene Ansicht kann erst unten bei der Entwicklung des **Int. quor. bon.** seine Stelle finden.

sobald der **heres** die ihm anberaumte Deliberationsfrist verstreichen ließ, an dessen Stelle habe succediren lassen? Die darauf oben bereits gegebene Antwort, daß hierzu anfangs nur die übrigen Klassen des Civilrechts gerufen worden seien, muß jetzt genauer ausgeführt werden. —

Es leuchtet auf den ersten Blick ein, daß mit dieser Antwort nichts Absolutes, sondern ein rein relatives Verhältniß ausgedrückt ist. Der **heres** kann ja in der ersten Erbklasse stehen, er kann auch in der letzten berufen sein, wenn nämlich aus den früheren Klassen Niemand vorhanden ist. Ist Letzteres der Fall, so findet allerdings in soweit eine **b. p.** statt, als gerade auch diese letzte Klasse zur Erbantretung vor dem Prätor berufen wird; wenn aber auch diese letzte Frist unbenutzt verstrichen ist, so muß hier anfangs das Institut der **b. p.** ihr Ende gehabt haben. Die Creditoren, die Niemand hatten, der ihnen gegenübertrat, schritten alsdann zur eigenmächtigen Besitznahme der Güter.

Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn der **heres** in einer früheren Erbklasse steht. Es befinden sich hinter ihm noch Andere, die das Civilrecht gerufen haben würde, wenn jener nicht vorhanden wäre. Hier läßt nun der Prätor diese späteren Klassen in die Stelle des säumigen **heres** eintreten, damit die leidige Beschlagnahme des Vermögens von Seiten der Creditoren verhindert würde. In einer je früheren Klasse also der wirklich vom Civilrecht gerufene **heres** steht, desto mehr Klassen sind vorhanden, die dann successive hinter ihm drein gerufen werden.

Ehe nun aber diese **ordinum successio** nach ihren einzelnen Theilen geprüft wird, muß untersucht werden, in wie weit denn eigentlich dem älteren Civilrecht dieselbe fremd gewesen sei. Um den Faden der Entwicklung nicht zu stören, ist diese Frage, so weit sie sich nicht ganz unzweifelhaft beantworten läßt, im vorigen Kapitel absichtlich vermieden worden; es ließ sich dies unbedenklich thun, weil das was davon sicher ist, hinreichte, um den Ursprung der **b. p.** darzustellen.

Sicher nämlich ist, daß das ältere Civilrecht, so lange aus dem vorhergehenden **ordo** Jemand vorhanden ist, niemals eine neue Delation vornimmt, m. a. W. es kann dem früher Berufenen nie gegen seinen Willen (etwa durch Zeitablauf) sein

Erbrecht, auch wenn er es noch nicht acquirirt hat, genommen und auf einen Anderen übertragen werden. Die 12 Tafeln knüpfen überhaupt bei den späteren Intestatklassen die Begründung des Erbrechts an das Nichtvorhandensein der vorhergehenden Klasse [1]), und auch wieder die erste Intestatklasse, die sui, sind ebenso durch das Vorhandensein eines scriptus heres [2]) ausgeschlossen, wie sie selbst den Agnaten und Gentilen alles Recht nehmen. Diese Sätze genügten, um den Ursprung der b. p. zu verstehen, in welcher ebenso unzweifelhaft die dem Civilrecht entgegengesetzte Regel statt findet, daß nämlich das Vorhandensein von Personen aus einer früheren Klasse nach Ablauf einer gewissen Zeit die Delation an die folgende Klasse nicht hindere.

Aber wir müssen jetzt einen Schritt weiter gehen. Wenn die b. p. dem folgenden ordo deferirt wird, selbst beim Vorhandensein des früheren, so versteht es sich von selbst, daß dasselbe auch eintreten muß, wenn der frühere ordo, ohne angetreten zu haben, definitiv hinweggefallen ist, was durch Tod oder ausdrücklichen Verzicht geschehen kann. Wie verhält sich dies nun im Civilrecht? Läßt es nicht wenigstens in diesen Fällen eine Berufung der folgenden Klasse zu, oder war auf sie ebensowenig wie auf Zeitablauf eine ordinum successio gebaut?

In Beziehung auf die drei Intestatklassen läßt sich dies leichter beantworten. Der suus steht in einem ganz anderen Verhältniß, als die übrigen zur Erbschaft Berufenen. Da er die Erbschaft ipso jure erwirbt, so kann sein Tod nicht der Grund einer neuen Delation an die Agnaten werden, denn

---

1) Gai. III. §. 9. — si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum ad agnatos. — §. 17. si nullus agnatus sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem vocat.

2) Natürlich setze ich ein civilrechtlich gültiges Testament voraus. — Ein Notherbenrecht der sui war zur Zeit der 12 Tafeln noch nicht vorhanden, aber auch als es später aufkam, erhielt es nicht die Gestalt, als wenn dadurch ein Uebergang der Delation vom scriptus heres auf den präterirten suus bewirkt werde.

wir sprechen hier natürlich nur von dem vor der Antretung erfolgten Tode des berufenen Erben. Mit der Acquisition der Erbschaft ist das Schicksal derselben definitiv entschieden, es kann also von keiner weiteren Berufung die Rede sein. Ebenso ist aber auch das Eintreten der Agnaten für den Fall undenkbar, daß der suus auf sein Erbrecht verzichten wollte. Denn er ist zugleich necessarius heres, er darf gar nicht der Erbschaft entsagen, und wenn ihm auch vom Prätor das beneficium abstinendi gegeben ist, so geht dies doch jedenfalls nicht so weit, daß dadurch eine neue civilrechtliche Delation der Erbschaft (und davon ist hier allein die Rede) möglich gemacht würde [3]. Aber auch von den Agnaten auf die Gentilen ist, wie uns Gaius ausdrücklich sagt [4], kein Uebergang der Berufung im Fall des Todes oder des Verzichtes möglich; was sich leicht daraus erklärt, daß die 12 Tafeln die folgende Klasse nur berief, wenn aus der vorhergehenden gar Keiner zur Todeszeit des Erblassers vorhanden ist (s. Note 1), weßhalb denn das spätere Hinwegfallen gar nicht in Betracht kommen kann.

Wenn also der Satz: in legitimis hereditatibus successio non est im weitesten Sinne zu nehmen ist, so daß das Intestaterbrecht ein „höchstpersönliches" Recht war, welches, wenn auch der Berufene es nicht geltend machen wollte, doch nie im Folge des Gesetzes einem Anderen übertragen werden konnte [5], — so bleibt nur noch ein Punkt zweifelhaft, wie

---

3) fr. 30. §. 10 u. 12. de fidei comm. lib. fr. 1. §. 7. si quis omissa. fr. 28. de reb. auctor. judic.

4) III. 12. — Nec in eo jure successio est; ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit, vel antequam aderit decesserit, sequentibus nihil juris ex lege competit. Neuerdings ist indeß doch diese Regel in Beziehung auf das Eintreten der Gentilen in die Stelle des proximus agnatus von berühmten Juristen bezweifelt worden. Es wird sich dies weiter unten (§. 33) passender widerlegen lassen, und möge deßhalb hier noch ignorirt werden.

5) Eben deßhalb fand man es nöthig, wenigstens vertragsmäßig diesen Uebergang bewirken zu können. Daher die in jure cessio der noch nicht angetretenen legitima hereditas. Gai. II. 35.

es sich nämlich mit dem Uebergange von der testamentarischen zur Intestatsuccession im Civilrecht verhalten habe?

1) Daß derselbe, wenn sich wirklich ein (mit der Antretung zögernder) scriptus heres vorfand, durch Zeitablauf anfangs nicht möglich war, ist oben zur Genüge nachgewiesen. Es erklärte sich gerade daraus die Entstehung der cretio und der pro herede usucapio; und daraus folgt wieder, daß nachdem die Letztere ihre zweite Gestalt annahm, eine gesetzliche und allgemein gültige Verjährung des deferirten testamentarischen Erbrechts nicht mehr bestand, dieselbe vielmehr von der Disposition der die cretio vorschreibenden Testatoren abhängig war. —

2) Jetzt ist aber zu untersuchen, ob nicht, abgesehen vom Zeitablauf, wenigstens aus anderen Gründen, welche das definitive Wegfallen des scriptus heres nach dem Tode des Testators bewirken können, eine Succession der Intestaterbfolge auf die testamentarische möglich gewesen sei. Einestheils gehören dahin die schon bei den Klassen der Intestaterbfolge erwähnten Fälle des Todes und des Verzichtes (destitutum testamentum), anderntheils einige der testamentarischen Succession eigenthümliche Fälle, die im Gebiete des Notherbenrechtes liegen [6]). Wenn nämlich vom Richter das testamentum für inofficiosum erklärt wird, so tritt jetzt in der That Intestatsuccession ein, während bisher das Testament als ein gültiges angesehen worden war. Ebenso gilt das Testament, in dem ein postumus präterirt ist, und es wird erst später durch dessen Erscheinen rumpirt. Indessen kommen für uns diese beiden Fälle hier nicht weiter in Betracht, da der erstere entschieden, der letztere wenigstens nach der richtigen Ansicht [7]) späteren

---

6) Es versteht sich von selbst, daß hier von den vielerlei Gründen gar nicht die Rede ist, wodurch das Testament als ab initio nullum angesehen wird. Da alsdann gar kein Testament vorhanden ist, so tritt von Anfang an Intestaterbfolge ein, während wir hier die Fälle ins Auge fassen, in denen anfangs die testamentarische und erst später die Intestatsuccession deferirt wird.

7) S. Mühlenbruch Commentar Bd. 36. S. 147 ff. cf. fr. 120. de V. S. — „sed id interpretatione coangustatum est, vel legum

Ursprungs ist, während wir hier von dem Rechtszustande der früheren Zeit, wie ihn die 12 Tafeln feststellten, sprechen. Es bleibt also doch nur für das **destitutum testamentum** die Frage übrig, ob dabei ein Uebergang auf die Intestaterbfolge statt gefunden habe. In der späteren Zeit des Römischen Rechtes ist dies ganz unzweifelhaft, aber es muß auch gleich bemerkt werden, aus welchem juristischen Grunde man es rechtfertigte.

Im Allgemeinen ist der Zeitpunkt der Delation einer Erbschaft das **mortis tempus**. Meistens macht dies nun auch für die Intestaterbfolge gar keine Schwierigkeit. Aber eben im Falle des **destitutum testamentum** kann man damit offenbar nicht ausreichen, da ja hier mit dem Todestage zuerst die Erbschaft den **scripti heredes** deferirt wird. Uns, die wir an den Gedanken einer **ordinum successio** gewöhnt sind, scheint das nicht die mindeste Schwierigkeit zu haben; indem, sobald die erste Delation von keinem Erfolg gewesen ist, man eine neue Berufung an die Nächstfolgenden annimmt [8]). Allein das ältere Civilrecht faßt die Sache in einer Weise auf, welche unverkennbar zeigt, daß man eine **ordinum successio** nicht bloß bei den einzelnen Intestatklassen, sondern auch von der testamentarischen zur Intestaterbfolge für etwas Unmögliches gehalten habe [9]).

---

vel auctoritate jura constituentium. — Ich glaube kaum, daß diese Worte einer Umstellung bedürfen (s. Heineccius de origine testamentifactionis etc. ritu testandi antiquo. — in der Opusc. var. sylloge. p. 972.). Es ist die interpretatio des fr. 2. §. 5. de orig. jur. gemeint; das jus, quod sine scripto venit, das reine Gewohnheitsrecht, hat den Satz der 12 Tafeln eingeschränkt, und ist in leges und von den Juristen anerkannt worden.

8) Direct ist dies freilich auch im Justinianischen Rechte nicht ausgesprochen.

9) Es ist nicht leicht, nachdem man einen freieren Gesichtskreis genommen hat, sich in einen engeren hineinzudenken und gleichsam einzuleben. Will man aber den Rechtszustand einer früheren Zeit in sich reproduciren, so ist dies ein unumgängliches Erforderniß. Es ist passend dies gerade in Beziehung auf den hier besprochenen Punkt zu bemerken, bei welchem man sagen kann, daß die Römer sich ganz

Der Grund, weßhalb unter den einzelnen Intestatklassen keine **successio** möglich sei, kann nur der gewesen sein, daß der **heres** in die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers, ohne daß diese unterbrochen würde, eintreten solle, alles Recht des Erben sich daher auch vom Augenblicke des Todes datiren müsse, weil in dem später deferirten Erbrecht eine Unterbrechung der Persönlichkeit liegen würde. Dieser Grund, der nicht eine öftere successive Delation zuließ, paßt nun aber offenbar ebensogut auf das Verhältniß zwischen der testamentarischen und Intestaterbfolge, als auf das der einzelnen Intestatklassen unter einander. Also wenn mit dem Todestage die Erbschaft den **scripti heredes** deferirt ist, so kann später nicht eine neue Delation an die Intestaterben statt finden. Aber, wie bereits bemerkt, das spätere Röm. Recht läßt dieselben dennoch im Fall des **destitutum testamentum** zu, und erklärt dies in der Weise, als wenn die Intestaterbfolge gleich mit dem Tode, aber noch unter einer Bedingung, eröffnet worden wäre.

Man concipirte die allgemeine Regel: Jeder könne **ab intestato** Erbe werden, welcher zu der Zeit der Nächste sei, wo der Erblasser entschieden **intestatus** gestorben wäre [10]). **Intestatus** ist hier in einem weiteren Sinne genommen. Eigentlich kann das Wort, namentlich in der Verbindung mit **decedere**, nur bedeuten, es sterbe Jemand ohne Hinterlassung eines bei seinem Tode gültigen Testamentes. Hier indessen umfaßt es auch die Fälle, wo Jemand **testatus** gestorben ist,

---

unnütze Schwierigkeiten selbst aufgethürmt haben, die ein nur etwas freierer Blick mit Leichtigkeit zu überspringen vermag.

10) §. 7 J. de her. quae ab int. — Quum autem quaeritur, an quis suus heres exsistere possit, eo tempore quaerendum est, quo certum est, aliquem sine testamento decessisse, quod accidit et destituto testamento Hac ratione si filius exheredatus fuerit, et extraneus heres institutus est, et filio mortuo postea certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo suus heres existet, quia quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos; et hoc certum est.

dessen Testament dann aber später wieder vernichtet wird [11]). Darin scheint ein Widerspruch zu liegen, der aber mehr in den Worten als in der Sache enthalten ist. Es soll damit ausgedrückt werden, daß auch die Intestatsuccession ganz auf die Todeszeit, das **decedere**, zurückbezogen wird, daß sie aber noch bedingt ist durch das Wegfallen eines gültigen Testamentes, und erst von hier an, wie bei jeder Bedingung der Fall ist, ihr eigentliches Dasein erhält.

Der Sache nach ist also beim **destitutum testamentum** ein wahrer Uebergang von der testamentarischen zur Intestatsuccession vorhanden, da man gerade das Testament anfangs für ein gültiges erkennen mußte, während man es, der Form nach, durch jene Regel an die Fälle anschloß, in denen von Anfang an kein gültiges Testament vorhanden war. Es fragt sich, wie und wann diese Regel, welche wir eben nur mit Stellen aus Justinians Institutionen belegt haben, die sich aber auch schon bei den klassischen Juristen findet [12]), entstanden sei?

Für eine Bestimmung der 12 Tafeln kann man sie aus dem schon angegebenen Grunde wohl unmöglich halten, denn wenn diese eine Succession der Intestaterbfolge auf die testamentarische anerkannt hätten, weßhalb sollten sie dasselbe nicht auch bei den einzelnen Intestatklassen haben gelten lassen? Auch das so allgemein redende Bruchstück der 12 Tafeln über die Kraft der Testamente wäre damit nicht zu vereinigen. **„Uti pater legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.“** Das Testament ist ein Gesetz für alle Interessirten, es vernichtet von vorn herein den Anspruch der legitimen Erben, also kann dieser Anspruch nicht dadurch wieder Kraft erhalten, daß aus jenem Gesetze Niemand Anders Rechte ableitet. Weil man nur eine einmalige Delation für möglich hielt, so mußten beim **destitutum testamentum** die **bona**

11) pr. J. de her. quae ab int. Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres exstitit. Coll. leg. Mos. et Rom. XVI. 3 §. 1.

12) fr. 2. §. 5 u. 6. de suis et legit. hered.

ebensogut erblos werden, wie wenn der berufene **proximus agnatus** verzichtet hatte, und auch noch so viele entferntere Agnaten und Gentilen vorhanden waren. Der ganze Satz **in legitimis hereditatibus non datur successio** ist gar nicht für eine ausdrückliche Vorschrift der 12 Tafeln zu halten, sondern es war eine Rechtsansicht der damaligen strengen Zeit, aus der die Conception der 12 Tafeln selbst hervorging, und welche dann wieder in dieser ihre Stütze fand. Um so weniger kann sie sich aber auf die Intestatklassen beschränkt haben.

Gerade in der Strenge dieser Rechtsansicht liegt der Grund, daß man später auf Mittel sann, um der Creditoren und Pontifen willen eine **successio** einzuführen. Die **b. p.** trat an die Stelle der **cretio** und **pro herede usucapio**, und erst durch das Prätorische **successorium edictum** gewann man einen freieren Gesichtspunkt, man sah ein, daß man sehr wohl einen erst nach dem **mortis tempus** beginnenden Zeitpunct der Delation annehmen könne, ohne das juristische Princip aufgeben zu brauchen, daß für den wirklich eintretenden Erben sich Alles auf den Augenblick des Todes zurückbeziehe [13]). Ist es zu verwundern daß der durch das Prätorische Edict freier gewordene Blick sich auf das Civilrecht zurückwandte, um ihm, so viel irgend möglich war, eine minder schroffe Gestalt zu geben. Wer mit solcher Absicht die Interpretation der 12 Tafeln versuchte, dem boten sich freilich rücksichtlich der einzelnen Intestatklassen unübersteigliche Hindernisse dar, weil nach den 12 Tafeln zu bestimmt nur dann ein Erbrecht für die folgende Klasse entstand, wenn überall Keiner aus der vorigen Klasse vorhanden war. Aber rücksichtlich der **successio** von Intestaterben auf die testamentarischen, waren die Worte so gefaßt, daß sich eine mildernde Interpretation daran knüpfen ließ. Wir sind im Stande dies noch ziemlich sicher wiederzuerkennen. Die 12 Tafeln sagten:

> **Si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto [14]).**

13) fr. 193. de regul. jur.
14) Ulp. XXVI. 1.

Man nahm diese Worte: si int. moritur jetzt in dem schon erörterten weiteren Sinn, indem man auch den cui nemo ex testamento heres exstitit, als intestatus ansah (s. Note 11). Man dachte nicht daran, wirklich nun den Fall des destitutum test. in aller Weise auf gleiche Stufe zu stellen mit den Fällen, in denen gar kein Testament zur Todeszeit vorhanden ist, man hat vielmehr stets den bedeutenden Unterschied erkannt, der zwischen dem einen und den anderen herrschte. Aber indem man hier in der That eine partielle ordinum successio in's Civilrecht bringen wollte, mußte man sich den Worten der 12 Tafeln accommodiren. Man legte dem Worte intestatus einen weiteren Sinn bei, den es an sich nicht hatte, und so stellte man, augenscheinlich sich ganz an die Gesetzesworte haltend, jene Regel auf, daß der Delationszeitpunkt der Intestaterbfolge nicht immer das mortis tempus, sondern der Augenblick sei, quo certum fuit, aliquem intestatum decessisse. So erreichte man es, daß die Destitution des Testamentes (welche auch Justinian in der Note 10 citirten Stelle vorzüglich hervorhebt) eine wahre ordinum successio zur Folge hatte, und man konnte auch keinen Augenblick zögern, als das Notherbenrecht der sui aufkam, das durch einen postumus rumpirte Testament (s. Note 7) ganz aus demselben Gesichtspunkte zu betrachten.

§. 23. Das Resultat des vorigen § läßt sich folgendermaßen zusammenfassen:

Es gab anfangs im Civilrecht auch keine successio von der testamentarischen auf die Intestaterbfolge [1]); erst später ist sie, wahrscheinlich auf Veranlassung der schon be-

1) So ist denn auch der Satz: in legitimis hereditatibus nulla est successio aus späterer Zeit. Früher muß er etwa gelautet haben: In omnibus hereditatibus nulla est successio; oder es muß das Wort „legitimis“ in einem weiteren Sinn genommen sein, den Ulpian in fr. 130. de V. S. andeutet, und den auch Gaius kennt, indem er IV. 34. die legitima successio der prätorischen entgegensetzt.

stehenden b. p., aus einer erweiternden Interpretation der 12 Tafeln hervorgegangen.

Wir dürfen indeß diesen Punkt nicht verlassen, ohne daraus noch die unmittelbar sich ergebenden Folgerungen abzuleiten, und anderntheils ihn durch einige sich darbietende Argumente zu befestigen. — Der durch die Interpretation der 12 Tafeln bedingte Satz: **tempus spectandum esse, quo certum sit, aliquem intestatum decessisse**, sagt einerseits zu viel, und man war keineswegs gemeint alle darin liegenden Consequenzen für gültig anzuerkennen; und umgekehrt ist damit wieder nicht ausdrücklich gesagt, was man damit eigentlich hat erreichen wollen. Beides erklärt sich daraus, daß man um das Civilrecht zu verändern, sich formell an die Worte der 12 Tafeln binden mußte, dabei aber sehr wohl wußte, was der wahre Sinn der Rechtsänderung sei. Daß jene Regel zu viel sage, läßt sich leicht nachweisen. Es liegt darin, daß ein **destitutum testamentum** so angesehen werden soll, als wenn gar kein Testament errichtet, oder nur eine Urkunde vorhanden wäre, die von Anfang an nicht als ein gültiges Testament erscheint. Aber bekanntlich ist dies kein allgemein gültiger Satz, denn ein **dest. test.** hat z. B. doch immer die Kraft ein früheres Testament zu rumpiren. Wir haben also anzunehmen, daß diese Gleichstellung der Destitution mit anderen Testamentsmängeln lediglich auf den einen Punkt zu beziehen ist, um dessentwillen man sie aufgestellt hat, nämlich um daraus die **successio** der Intestaterben zu rechtfertigen. Aber darin liegt auch zugleich, daß die Regel zu wenig sagt, denn man sprach nicht direct aus was man wollte, man erkannte nicht unmittelbar an, daß eine Aufeinanderfolge zwischen testamentarischen und Intestaterbschaft bestehe, man drückte den Worten nach, um mit den 12 Tafeln nicht in Conflict zu gerathen, etwas Anderes aus, das aber doch dem Wesen nach wirklich jenes Resultat in sich enthielt.

Daraus folgt, wie wir im Justinianischen Recht, das ja auch unsere Regel recipirt hat, dieselbe aufzufassen habe. Wir müssen nicht mehr und nicht weniger darin finden, als wenn ausdrücklich gesagt wäre, daß ebenso wie unter den Intestatklassen der

Nov. 118, so auch von der testamentarischen zur Intestatordnung eine Reihenfolge der Berufung statt finde, und wir dürfen nicht im Geringsten Bedenken tragen, dies stets als eine ganz neue Delation anzusehen [2]. —

Kehren wir von diesem historischen Endpunkte noch einmal zu dem Anfangspunkte zurück. Es ist im vorigen § gezeigt, daß die besprochene partielle successio ordinum in der älteren Zeit nach den 12 Tafeln nicht bestanden haben könne; daß sie wohl erst durch die schon bestehende b. p. hervorgerufen sei, ist eine zugleich geäußerte Vermuthung, die ich freilich nicht direct beweisen kann, die mir aber die innere Wahrscheinlichkeit für sich zu haben scheint [3]. Indeß kommt hierauf weniger an, während jener andere Satz, daß überhaupt diese partielle successio einer erst späteren Zeit angehöre, von Wichtigkeit ist; und dafür muß nun noch, abgesehen von den schon angegebenen Gründen, das Zeugniß des Gaius erwähnt werden, um so mehr weil dessen Worte auf den ersten Blick gegen die hier vorgetragene Ansicht zu sprechen scheinen. Gaius sagt **III. 11.**, indem er von der civilrechtlichen Klasse der Agnaten redet:

> **Non tamen omnibus simul agnatis dat lex duodecim tabularum hereditatem, sed his qui, tunc cum certum est aliquem intestato decessisse, proximo gradu sunt.**

Hier scheint geradezu gesagt zu sein, daß bereits die 12 Tafeln selbst diesen Zeitpunkt der Delation angeordnet hätten. Aber es ist zu bemerken, daß die gesperrt gedruckten Worte

---

2) Dies ist ausdrücklich in einer Stelle von Ulpian ausgesprochen. fr. 70. pr. de a. vel. o. her. — In plurium heredum gradibus hoc servandum est, ut, si testamentum proferatur, prius a scriptis incipiatur, deinde transitus fiat ad eos, ad quos legitima hereditas pertinet, etiam si idem sit, ad quem utroque modo pertineat; nam hoc gradatim consequitur, ut prius ex testamento delatam, deinde legitimam repudiet. Idem juris est in bon. possessione, ut prius scriptus repellat b. possessionem, deinde is qui ab intestato petere potest. —

3) Ein Argument wird sich dem tiefer Sehenden noch aus der in der vorigen Note citirten Stelle darbieten. Vergl. fr. 69. de a. vel o. her. u. fr. 10. de jure deliber.

einen Zwischensatz bilden, die keineswegs eine logische Nothwendigkeit uns zwingt, ebenso wie den Hauptsatz für eine Bestimmung des Gesetzes zu halten. Wenn dies der Fall wäre, so würden sie doch dann ebenso wie bei Gaius in der Form eines Zwischensatzes, in den 12 Tafeln gestanden haben, denn wenn man zugeben will, Gaius habe sie anders woher genommen, so läßt sich dann ebensogut denken, daß sie aus einer anderen Quelle des Civilrechts genommen seien, als aus einer anderen Stelle der 12 Tafeln. In diesen aber war, wie wir aus dem uns erhaltenen Bruchstück sehen, (s. §. 22 Note 13) jener Zwischensatz bei der Agnatenklasse nicht gemacht. Ueberdem ist ja jene Regel eine sich auf alle Intestatklassen im Verhältniß zur testamentarischen Erbfolge beziehende, und also auch nicht wahrscheinlich, daß die 12 Tafeln sie gleich hinter jenen §. 22 Note 13 citirten Worten in einem uns nicht erhaltenen Satze [4]) vorgetragen hätten, was auch deßhalb nicht anzunehmen ist, weil Paulus dieselbe nicht bei der Agnatenklasse sondern bei der der sui erwähnt [5]).

Wenn also der fragliche Zwischensatz kein rein mit dem Hauptsatze von Gaius aus den 12 Tafeln geschöpfter sein kann, so verschwindet auch der allerdings vorhandene Schein, als wenn er denselben überhaupt dem Gesetze entlehnt hätte, und so kann das Gewicht der Gründe, wonach wir ihm einen späteren Ursprung angewiesen haben, durch die angeführte Stelle nicht geschwächt werden. Gaius schob bloß um der Kürze willen hier eine Rechtsregel ein, welche er ebensogut bei jeder der anderen Intestatklassen hätte erwähnen können, und die, wenn er weitläuftiger, dann aber auch deutlicher gewesen wäre, selbständig in Beziehung auf alle Klassen vorgetragen haben würde. Daß dem wirklich so sei, sehen wir aus den gleich folgenden Worten des Gaius selbst, der im §. 13 jenen Zwischensatz noch einmal wieder aufnimmt, also wohl selbst zu kurz und undeutlich gefunden haben muß. Aus der Art, wie er denselben hier

4) Ueberhaupt glaube ich, daß man annehmen darf, die 12 Tafeln haben selbst nicht Mehr über die einzelnen Erbklassen enthalten, als uns in Ulp. XI. 14. — XXVI. 1. u. Collat. XVI. 4. aufbewahrt ist. Die Gründe würden hier zu weit führen.

5) Coll. leg. Mos. et R. XVI. 3. §. 11.

weiter interpretirt, sehen wir zur Genüge, daß das Ganze keine Bestimmung der 12 Tafeln gewesen sein könne, es verschwinden also die Zweifel, die der §. 11. allenfalls erregen könnte.

> **Ideo autem non mortis tempore, quis proximus sit, requirimus, sed eo tempore quo certum fuerit aliquem intestatum decessisse, quia si quis testamento facto decesserit, melius esse visum est, tunc ex iis requiri proximum, quum certum esse coeperit, neminem ex eo testamento fore heredem.**

Gaius findet es für gut, den im §. 11. vorgetragenen Satz noch besonders zu rechtfertigen, indem er auf die Möglichkeit der Destitution des Testamentes hinweist, wo denn ohne jenen Satz eine Erblosigkeit des Nachlasses eingetreten wäre. Daß er aber überhaupt eine Rechtfertigung unternimmt, zeigt, daß die 12 Tafeln diese Bestimmung noch nicht gemacht haben können, denn diese standen in solchem Ansehen, daß ihre guten Vorschriften nicht weiter gelobt zu werden brauchten. Im Gegentheil muß es, weil man sie rechtfertigte, eine Regel gewesen sein, die an sich dem Willen der 12 Tafeln entgegentrat, aber diesem doch wegen ihrer Brauchbarkeit gleichsam untergeschoben wurde. Und so erkennen wir denn auch diese durch die Interpretation der Juristen geschehene Reception aus den einzelnen Worten: **requirimus, visum est**, womit eine gesetzliche Bestimmung unmöglich gemeint sein kann. —

Zugleich läßt sich nun auch erklären, weshalb die ganze Rechtsregel von Gaius bei der einzelnen Klasse der **agnati**, von Paulus bei der der **sui** erwähnt wird, während sie doch eigentlich einen ganz anderen Platz verdient hätte? Eben weil sie aus den Worten „**si intestatus moritur**" herausinterpretirt war, also aus den Anfangsworten des Satzes, in welchem die 12 Tafeln mit möglichster Kürze die Klassen der **sui** und **agnati** zusammengedrängt hatten.

§. 24. Nachdem jetzt die civilrechtliche Unzulässigkeit einer **successio ordinum** geprüft ist, kann der im Anfange des §. 22. angesponnene Faden wieder aufgenommen werden. Es wurde dort bemerkt, daß die ganze vom Prätor eingeführte

ordinum successio ein lediglich relatives Verhältniß ist, welches davon abhängt, in welcher Klasse der civilrechtliche **heres** steht. Das **successorium edictum** hat gerade ebensoviel Erbklassen als das Civilrecht, aber es ließ sich doch sehr viel mehr damit ausrichten, weil alle Klassen in eine bestimmte Zeit eingeschlossen waren, und somit die später Stehenden in die Stelle des vor ihnen berufenen **heres** einrücken konnten. Wir haben also als den Fundamentalsatz stets festzuhalten, daß der Prätor vor Allem den **heres** selbst zu sich ruft (§. 19—21.), daß er mithin alle Klassen des Civilrechts nacheinander berufen muß. Darin liegt denn aber auch zugleich, daß er, wenn der **heres** in einer früheren Klasse steht, die späteren Klassen nur als einstweilige Repräsentanten des **heres** ruft, welche auch nach Civilrecht wirkliche **heredes** sein würden, wenn sie, ebenso wie sie die **b. p.** agnoscirt haben, die vom Civilrecht zunächst Berufenen wären. —

Indem wir hier diesen Satz, abgesehen von den im ersten Kapitel enthaltenen Gründen, beweisen wollen, muß sich die Argumentation in zwei Theile trennen. Es muß zuerst positiv dargethan werden, daß das **successorium edictum** an und für sich Nichts, als eine Aufeinanderfolge der civilrechtlichen Klassen gewesen sei, worauf denn zweitens die genaueren Bedingungen in's Auge zu fassen sind, unter denen der Prätor dem Einzelnen das Repräsentationsrecht des **heres** gegeben habe (§. 26 ff.).

Jener erste Beweis beruht auf der Interpretation der ächten Edictsworte, welche uns glücklicherweise erhalten sind. Es leuchtet ein, daß in ihr der eigentliche Schwerpunkt einer jeden Ansicht über Ursprung und Begriff der **b. p.** concentrirt ist; und wir werden dadurch aufgefordert, bei ihr mit ganz vorzüglicher Schärfe und Genauigkeit zu Werke zu gehen, um so mehr, weil die bisherigen Erklärungsversuche, wie gezeigt werden wird, noch nicht in allen Punkten die richtigen sind.

Cicero bringt in seiner Anklage gegen den Verres un-

ter anderen Anschuldigungsgründen auch den vor, daß Verres als Praetor urbanus das Edict unrechtmäßiger Weise und in Folge einer Bestechung verändert habe (II. 1. cap. 44—46). Dabei wird die Stelle des bisherigen Edictes, wie es translatitium geworden war, mitgetheilt, und dem Verrinischen Edicte gegenübergestellt. Diese von Cicero vorgenommene Vergleichung ist indeß für das Verständniß der älteren Edictsworte selbst zu wichtig, als daß nicht der ganze Anklagepunkt unverstümmelt hier mitgetheilt werden müßte.

Posteaquam jus Praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus: *si tabulae testamenti non proferrentur, tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestato mortuus esset, ita secundum eum possessio daretur.* Quare hoc sit aequissimum, facile est docere: sed in re tam usitata satis est ostendere, omnes antea jus ita dixisse, et hoc vetus edictum translatitiumque esse (§. 115.). Cognoscite aliud hominis in re vetere edictum novum: et simul, dum est unde jus civile discatur, adolescentes ei in disciplinam tradite. Mirum est hominis ingenium, mira prudentia. —

Minucius quidam mortuus est ante istum Praetorem. Ejus testamentum erat nullum. Lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data. Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tunc non exstaret, lege ageret in hereditatem: aut pro praede litis vindiciarum quum satis accepisset, sponsionem faceret, et ita de hereditate certaret. Hoc opinor jure et majores nostri et nos semper usi sumus. Videte ut hoc iste correxerit:

(§. 116.) Componit edictum iis verbis, ut quivis intelligere possit, unius hominis causa conscriptum esse. Tantum, quod hominem non nominat: causam quidem totam perscribit; jus, consuetudi-

nem, aequitatem, edicta omnium negligit. (Ex edicto urbano:) *Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet.* — Quid id ad Praetorem, uter possessor sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oporteat? ergo quia possessor est, non moves possessione? Si possessor non esset, non dares. Nusquam enim scribis, neque aliud quidquam edicto complecteris, nisi eam causam, pro qua pecuniam acceperas. (§. 117.) Iam hoc ridiculum est. —

Si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti non minus multis signis quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo. Hoc translatitium est, sequi illud oportet: *si tabulae testamenti non proferentur.* — Quid ait? se ei daturum, qui se dicat heredem esse. — Quid ergo interest, proferantur, necne? si protulerit: uno signo ut sit minus, quam ex lege oportet, non des possessionem, si omnino tabulas non proferet, dabis. Quid nunc dicam? Neminem unquam postea alium edixisse? Valde sit mirum, neminem fuisse, qui istius se similem dici vellet? Ipse in Siciliensi edicto hoc non habet; exegerat enim jam mercedem: item ut illo edicto, de quo ante dixi, in Sicilia de hereditatum possessionibus dandis, edixit idem, quod omnes Romae praeter istum. (Ex edicto Siciliensi) *Si de hereditate ambigitur.* (§. 118.) At per deos immortales, quid est, quod de hoc dici possit? Iterum enim jam quaero abs te, sicut modo in illo capite Anniano de mulierum hereditatibus, nunc in hoc de hereditatum possessionibus, cur ea capita in edictum provinciale transferre nolueris? Utrum digniores homines existimasti eos, qui habitant in provincia, quam nos, qui aequo jure uteremur? an aliud Romae aequum est, aliud in Sicilia? Non enim hoc potest hoc loco dici, multa esse in provinciis aliter edicenda:

non de **hereditatum** possessionibus, non de mulierum hereditatibus. Nam utroque genere video non modo ceteros, sed te ipsum totidem verbis edixisse, quod verbis edici Romae solet. Quae Romae magna cum infamia, pretio accepto edixeras, ea sola te, ne gratis in provincia male audires, ex edicto Siciliensi sustulisse video.

Aus dieser Stelle lassen sich die factischen Voraussetzungen des ganzen Falles leicht construiren. Es war ein gewisser Minucius, noch ehe Verres seine Prätur antrat, ohne Hinterlassung eines Testamentes gestorben. Ein Anderer, der ein Intestaterbrecht nicht weiter geltend machen konnte, setzte sich sogleich in den Besitz des Vermögens [1]), bestach, wie nun Cicero behauptet, den Verres, daß er ihm als Prätor, mittelst Ertheilung der bonorum possessio [2]), Schutz darin gewähren möge. Ein Testament konnte dieser Erbprätendent ebenfalls nicht für sich anführen, deßhalb, sagt Cicero, war nach dem bisherigen Edicte für ihn gar kein Weg möglich, zur bon. possessio zu gelangen. Dieselbe kam vielmehr, da kein Testament vorhanden war, den von den 12 Tafeln gerufenen Intestaterben, nämlich der gens Minucia zu; und angenommen, jener pro herede Usucapient sei in Wahrheit der testamentarische Erbe gewesen, so wäre doch ganz mit Recht der gens Minucia die b. p. ertheilt worden, weil er wenigstens in der für die b. p. anberaumten Frist das Testament nicht hatte vorbringen können („quod **tum** non exstaret"). Jeder also, der scriptus heres zu sein behauptete, hätte nach dem translatitium edictum gegen die rechtmäßig zu bonorum possessores constituirten Gentilen die hereditatis petitio (in Form der legis actio oder per sponsionem [3]) anstellen müssen. Da aber hiebei der Beweis eines Testamentes wiederum nöthig gewesen wäre, ein solches aber vom Minucius gar nicht hin=

---

1) Er war also pro herede Usucapient der res hereditariae.

2) Oder vielmehr hereditatis possessio, wie Cicero sie hier ganz constant nennt. Ebenso ad Attic. VI. 1. §. 12.

3) Gai. IV. 31. u. 92—95.

terlassen war, so konnte (das ist die stillschweigende Schlußfolgerung Cicero's im §. 115.) auch in dieser Weise jener Erbprätendent unmöglich ein Recht auf die Erbschaft erlangen [4]).

Derselbe vermogte also seine gewinnsüchtigen Plane nur zu erreichen, wenn Verres um seinetwillen das Edict änderte. Das geschah wirklich, und es muß folgendermaßen gelautet haben:

Ueberschrift: **Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet.**

„**Si de hereditate ambigitur, et tabulae testamenti non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti hereditatem dabo; si tabulae testamenti non proferentur, ei dabo possessionem, qui se dicat heredem esse**“.

Dagegen war die Conception des **translatitium edictum** diese:

Ueberschrift: **Si de hereditate ambigitur.**

„**Si de hereditate ambigitur, et tabulae testamenti non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti hereditatem dabo; si tabulae testamenti non proferentur, tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestato mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo.**“

---

4) Es ist unverkennbar, wie Cicero hier die **pro herede usucapio** bereits als etwas Unrechtmäßiges, **improbum**, auffaßt, welches die **bon. poss.** in aller Weise unmöglich mache. Sollte darin nicht eine Bestätigung des im §. 21 Gesagten liegen, daß die **b. p.** mittelst des **Int. quor. bon.** eine Rescission der **pro herede usucapio** gewähre?

Daß in der That auf diese Weise die Edicte sowohl des Verres, als der früheren Prätoren abgefaßt gewesen seien, ist jetzt mit Berücksichtigung anderer abweichender Absichten nachzuweisen.

Fabricius [5]) hat bekanntlich den Ursprung der b. p. aus der Prätorischen Regulirung des Erbschaftsstreites abgeleitet. Sie sei ursprünglich nichts gewesen als eine Zuweisung des Besitzes, während der **controversia de hereditate** (die Ertheilung der Vindicien), und wenn hierin die **hereditatis petitio** mit der **rei vindicatio** auf gleicher Stufe gestanden hätte, so finde sich doch der Unterschied, daß bei einer Singularvindication der Prätor Jedem die Vindicien ertheilt habe, der sich gerade gegenwärtig im Besitze der Sache befand, während bei der **hereditas petitio** bestimmte Klassen aufgestellt seien, welchen der Besitz während des Erbschaftsprocesses im Vorzuge gegen beliebige dritte Besitzer zugesprochen werden solle. In diesen privilegirten Klassen sei vor Allem der ein äußerlich fehlerfreies Testament Vorweisende gerufen worden, sobald aber kein solches Testament vorgelegen habe, der, welcher nach Intestaterbrecht zur Succession gerufen sei. Daraus habe sich dann erst später eine Zuweisung des Besitzes entwickelt, auch ohne daß bereits ein bestimmter Kläger aufgetreten sei, welcher die **hereditatis petitio** anzustellen beabsichtigte. —

Es läßt sich nicht läugnen, daß diese Ansicht wegen der wenigen bei ihr erforderlichen Anknüpfungspunkte etwas sehr Bestechendes hat; indem man sie sehr leicht versteht, wird man unvermerkt dazu geführt, sie auch für richtig zu halten [6]).

---

5) Ursprung und Entwicklung der b. p. bis zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum. Berlin 1837. bes. S 23—26. — Gegen die Fabricius'sche Ansicht, die auch ich eine Zeitlang für die richtige hielt, ist neuerdings noch wieder aufgetreten v. Löhr, in seinem Magazin **IV**. S. 408. — Neben den von ihm gegebenen lesenswerthen Bemerkungen, ist, wie ich glaube, die hier im Texte gegebene Entwicklung nicht unnütz geworden, welche ich früher geschrieben hatte, als mir von Löhr's Abhandlung zu Gesicht kam.

6) So kommt es, daß schon Dernburg (Beitr. zur Gesch. der Röm. Test.) und Franke (im Notherbenrechte) sie mehr oder minder ausführlich ausgesprochen haben.

Indessen kann sie gegen eine schärfere Prüfung nicht bestehen, und so hat namentlich Huschke in einer musterhaften Recension [7]) sich gegen dieselbe erklärt.

Zu der Huschkeschen Widerlegung der inneren Gründe, aus welchen Fabricius es ableitet, daß die Vindicien bei der **hereditatis petitio** nicht jedem Besitzer, sondern gewissen bevorzugten Personen hätten gegeben werden müssen, — braucht hier nichts hinzugefügt zu werden. Dagegen muß ich noch weiter eingehen auf die Interpretationsart unserer Ciceronianischen Stelle, welche Fabricius selbst als den eigentlichen und alleinigen Stützpunkt ansieht, wodurch seine Ansicht aus dem Gebiete der Speculationen und Hypothesen herausgehoben werde. Fabricius will nämlich aus Cicero beweisen, daß zu dessen Zeit die **b. p.** nur noch die processualische Ertheilung der Vindicien gewesen sei. Dagegen bemerkt schon Huschke, und das scheint mir völlig unwiderleglich, daß zu Cicero's Zeit die **b. p.** bereits das war, was Fabricius erst als spätere Entwicklung darstellt. — Im §. 115. führt Cicero weitläuftig aus, wie der Minucische Erbfall nach dem **translatitium edictum** behandelt worden wäre. Er sagt, die **possessio** würde der **gens Minucia** gegeben worden sein, und fügt ausdrücklich hinzu, erst später hätte dann ein jeder Erbprätendent gegen sie auftreten können. Also die **b. p.** wird vor dem Processe über die Erbschaft, und unabhängig von dem Auftreten eines **hereditatis petitor** gegeben. Sie kann mithin nicht ein Institut zur Regulirung der Processparteien gewesen sein. Ja noch mehr, Cicero sagt ganz ausdrücklich, es sei gar kein Testament vorhanden gewesen (**ejus testamentum erat nullum** [7a]),

---

7) Richtersche Jahrbücher 1839. 1 Heft. bes. S. 6—11. Auch Mühlenbruch ist wieder davon abgewichen, Pand. III. §. 620. Note 1., — während v. Vangerow sich derselben von Neuem angeschlossen hat. Pandekten II. S. 7. — so auch Danz Lehrb. der Gesch. des R. R. II. S. 47.

7a) Wenn v. Löhr a. a. O. voraussetzt, es sei hier ein Testament gemacht gewesen, das aber im Augenblick des Todes nicht mehr vorhanden war, so widerspricht das doch den angegebenen Worten, und wird auch nicht durch die anderen: quod tunc (oder cum) non

und die Gentilen seien auch nach Civilrecht die nächsten Intestaterben gewesen, also es wäre gar keine Möglichkeit vorhanden, daß der Erbprätendent als hereditatis petitor auftreten könne. Es sind dies aber Cicero's Stützpunkte, damit gleich Jeder einsähe, jenem Erbprätendenten sei nach dem translatitium edictum jeder Weg zur Erbschaft versperrt, weßhalb denn Verres nothwendig um seinetwillen das Edict selbst habe verändern müssen. Wenn aber Cicero sagt, die b. p. sei mit Recht ertheilt worden, wo die Unmöglichkeit einer hereditatis petitio vorliegt, und so sei es gehalten worden, so lange überhaupt eine b. p. bestehe, so ist doch damit die Ansicht des processualischen Ursprunges unmittelbar vernichtet [8]).

Aber auch das, was in unserer Stelle Fabricius Hypothese direct bestätigen soll, muß entschieden anders verstanden werden. Zuerst soll schon in den Anfangsworten des Edictes die Proceßregulirung angedeutet sein, indem: si de hereditate

exstaret unterstützt. — Indeß kommt hierauf nicht Viel an. — Auf eine andere Zweideutigkeit dieser Worte macht Fabricius a. a. O. Note 28. aufmerksam.

8) Man kann noch aus einer anderen Stelle eine Widerlegung der Fabricius'schen Ansicht ableiten. Nämlich aus Gai. IV. §. 16 u. 17. Dieser spricht hier von der Ertheilung der Vindicien bei den Vindicationen, und faßt dabei offenbar die hereditas unter ganz gleichem Gesichtspunkte mit der Singularvindication auf (similiter si de fundo, vel de aedibus sive de hereditate controversia erat — fiebat vindicatio), von diesem Allen gilt gleichmäßig: Praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat praedes — dare. — Diese Constituirung des possessor kann doch aber nur zwischen den beiden Personen geschwankt haben, die bei der Vindication allein vorkommen (secundum alterum eorum). Wäre aber Fabricius Ansicht richtig, so hätte bei der her. pet. oft ein Dritter vorkommen müssen. Z. B. Irgend ein Fremder setzt sich in den Besitz der Erbschaft, und jetzt treten die Intestaterben gegen ihn mit der her. pet. auf. Zu gleicher Zeit erscheint aber auch Jemand, der ein Testament für sich vorweist. Hier hätte dieser Letzte die Vindicien erhalten müssen, gegen den die Intestaterben gar nicht aufgetreten waren, und damit ist doch die Stelle des Gaius gar nicht vereinbar.

ambigitur so viel heiße als: „wenn ein Proceß über die Erbschaft ist.“ Ambigere heißt allerdings zweifelhaft sein, streiten, und umfaßt damit auch das wirkliche Processiren, aber dennoch ist es nie ein technischer Ausdruck für dieses [9]), und wenn des Prätors Edict sich bloß auf den formellen Erbschaftsproceß bezogen hätte, so konnte unmöglich ein Wort gebraucht werden, das alles Andere Zweifelhaftsein über die Erbschaft mit umfaßte. Dagegen leuchtet es ein, wie sehr dieser allgemeine Ausdruck: ambigitur unsere obige Ansicht bestätigt. Der Prätor kündigt sein Institut gleich für den Fall an, wenn Zweifel über die Erbschaft bestehen, also wenn man nicht weiß, wer der heres sei.

Das Weitere, was Fabricius für seine Ansicht anführt, hängt mit der Auffassung der einzelnen Vorwürfe zusammen, welche Cicero dem Verres wegen der unrechtmäßigen Edictsveränderung macht. Wer die Stelle vom §. 116. an unbefangen durchliest, wird, glaube ich, mit Nothwendigkeit darauf geführt, daß dem Verres zweierlei Veränderungen vorgeworfen werden; daß aber der zweite Tadel, welcher hinter den Worten: jam hoc ridiculum est beginnt [10]), der eigentlich bedeutende ist. Hier in den §. 117. und 118. wendet Cicero den ganzen Sturm der Rede an, während der im §. 116. enthaltene Tadel mehr der Ueberwältigung eines Vorpostens zu vergleichen ist.

Aber Fabricius, der diese beiden Theile der Anklage sehr wohl unterscheidet, dreht das Verhältniß derselben um. Er meint im §. 116. sei von der Edictsveränderung die Rede,

---

Mögte es daher nicht richtiger sein, die Worte Mühlenbruch's a. a. O. umzukehren? Jeder b. possessor, gegen den geklagt wurde, erhielt auch die Vindicien, aber nicht Jeder, der die Vindicien erhielt, war bonorum possessor. —

9) Huschke S. 9. unten. — Man wird also nicht Stellen wie Cic. Caecin. 8. Invent. II. 42. u. lex Rubr. II. 18. auch das in Dirksens Manuale noch citirte Fragment der lex Thoria gegen das im Text Gesagte anführen können.

10) Deßhalb ist dort in dem obigen Abdruck ein Absatz gemacht worden, und es ist unpassend, daß die Worte jam hoc ridiculum est, die so offenbar zum Vorhergehenden gehören, mit zu dem neuen §. 117. geschlagen sind.

wodurch Verres jenem Erbprätendenten, von dem er bestochen war, die Erbschaft habe zuweisen wollen, wogegen in den §. 117. und 118. nur noch von einem anderen Schleichwege die Rede sei, den sich Verres für seine Willkührlichkeiten offen gelassen habe, der aber mit jener Bestechung nicht im Zusammenhang stehe. Wie sehr dies mit der ganzen Stelle in schneidendem Widerspruch steht, leuchtet ein, auch wenn man sich noch gar nicht auf den Inhalt der beiden Vorwürfe einläßt. Cicero will ja eben darthun, daß Verres nichts ohne Bestechung gethan habe; deßhalb sagt er, sei das Sicilianische Edict wieder mit dem **translatitium** gleichlautend gewesen, weil er von jenem Erbprätendenten bereits Bezahlung erlangt hatte (**exegerat enim jam pecuniam**). Die weitläuftige Erörterung des §. 118. zeigt, daß die im §. 117., nicht die im §. 116., angegebene Edictsveränderung der eigentliche Kern der Anklage ist, daß sie hauptsächlich durch die Bestechung hervorgerufen ist.

Sehen wir indeß jetzt genauer auf den Inhalt der beiden Vorwürfe ein.

1) Fabricius [11]) leitet aus dem §. 116. folgenden Anfang des Verrinischen Edictes ab:

> **Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet, tum, si tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis etc.**

Damit habe nun Verres, abweichend vom bisherigen Edicte, welche nur eine Ertheilung der Vindicien **secundum tabulas** und **ab intestato** gekannt habe, — bestimmt:

> „Nur in dem Falle, wenn der gegenwärtige wirkliche Besitzer die **hereditatis petitio** als Beklagter aufzunehmen, und dem Gegner Sicherheit zu bestellen nicht Willens oder nicht im Stande ist, will ich die **bon. poss. sec. tab.** ertheilen; im entgegengesetzten Falle aber soll der jetzige Besitzer die Vindicien erhalten."

Nach dem Verrinischen Edict wären also jetzt 3 Hauptklassen gewesen, statt der bisherigen zwei:

a) Jeder der sich factisch in den Besitz der Erbschaft gesetzt habe;

11) A. a. O. S. 30.

b) der, welcher ein fehlerfreies Testament vorweist,

c) wer sich auf Intestaterbrecht beruft, oder nach des Verres Veränderung: **qui se dicet heredem esse.**

So sei es zu erklären, daß Verres dem angeblichen Testamentserben, der in Besitzergreifung der **gens Minucia** zuvorgekommen, und kein Testament vorweisen konnte, doch in Folge der neu aufgestellten ersten Klasse den Besitz gelassen habe. — Mithin sei die ganze Veränderung des Verres nichts als die Gleichstellung der **hereditatis petitio** mit der Singularvindication, bei welcher schon von jeher die Vindicien dem jeweiligen Besitzer ertheilt waren. —

Daß nun der §. 116. ganz anders zu verstehen sei, hat schon Huschke gezeigt. Die Worte: **si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet** sind die Ueberschrift, welche Verres über das ganze Kapitel von der **b. p.** setzte. Dies erhellt daraus, daß später Cicero den eigentlichen Context des Edictes angiebt, wie es Verres aufgestellt hat, und worin sich die Worte: **si possessor sponsionem non faciet** nicht finden. Cicero sagt im §. 117. ausdrücklich, die Worte: „**si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti etc.** bis **hereditatem dabo**“ [11a]) seien von Verres ganz unverändert dem **translatitium edictum** entnommen (**hoc translatitium est**), er tadelt ihn nur, daß er nicht auch mit den Worten des bisherigen Edictes fortgefahren habe. (**Sequi illud oportet: si tabulae testamenti non proferentur**). Danach kann also kein Zweifel mehr bleiben, daß Verres nicht durch Aufstellung einer neuen, noch vor die **sec. tab.** gesetzten, Klasse dem Erbprätendenten geholfen hat.

Wenn nun aber die fraglichen Worte nicht im Context gestanden haben, so bleibt nichts übrig, als sie für die Ueberschrift des Verrinischen Edictes zu halten, und es ist ja doch

---

11a) v. Löhr meint a. a. O. wir könnten nicht wissen, was vor den Worten: **et tabulae testamenti** gestanden habe. Aber mir scheint nicht zweifelhaft, daß sich dies unmittelbar an das: **si de hereditate ambigetur** anschloß. Weßhalb stände sonst nicht wieder **ambigitur** statt **ambigetur**? — Es war ja überhaupt die Eigenheit der Römer, daß sie die Anfangsworte eines Abschnitts zur Ueberschrift machten.

auch das Natürlichste von der Welt, daß Cicero, wenn er das Edict des Verres tadeln wollte, mit dem Titel, sobald sich schon in diesem Schwächen fanden, den Anfang machte. Endlich aber beweist auch das Präsens **ambigitur**, daß hier nur an eine Ueberschrift zu denken ist. Im Context heißt es **ambigetur.** —

Daß nun diese Ueberschrift, abgesehen von der Flexion, ebenso lautete wie die Edictsworte selbst, wird Niemand auffallend finden, der an die Titel: **quorum bonorum, quod legatorum, uti possidetis, utrubi etc.** denkt, welche im Edicte gewiß ebenso über dem Contexte standen, wie wir es in unseren Digesten finden [12]).

Aber, das ist nun die wichtigste Frage, was hatte denn Cicero gleich von vorn herein an diesem Titel zu tadeln? Die Art wie Huschke dies erklärt, kann ich nicht für richtig halten. Er meint, wahrscheinlich hätten die beiden Sätze **si de hereditate ambigitur,** und **si possessor sponsionem non faciet** im Sinne des Verres gar nicht zusammengehört. Er habe in der Ueberschrift nur die beiden Punkte angegeben, welche im Folgenden enthalten wären, und das sei: 1) von der Ertheilung der **b. p.** und 2) von dem Falle, wo der **possessor** keine Sponsion machen wollte, so daß also dies zweite, mag es verstanden werden wie es will [13]), mit der Ertheilung der **b. p.** gar nichts zu thun habe. Cicero aber stellte sich so, als verstände er den Verres nicht, um den Sinn hereinzubringen, als wenn ein jeder Besitzer zur Ertheilung der **b. p.** qualificirt sei. Dies ersehe man daraus, daß Cicero mit den Worten **jam hoc ridiculum est** („jedenfalls ist dies lächerlich") wiedereinlenke. Daß Verres in Folge der Bestechung die Ueberschrift gemacht habe, könne Cicero nicht meinen, denn

---

12) Huschke a. a. O. S. 10. — „Daß das prätorische Edict solche meistens von den Anfangsworten entlehnte Ueberschriften hatte, ist „ebenso bekannt, wie daß man danach zu citiren pflegte (**Cic. Verr. II. 2, 13. 3, 13.**), auch folgt hier gleich nachher wieder ein sol„ches Citat. **Ex edicto Siciliensi: si de hereditate ambigi„tur.**" —

13) Es wird davon unten noch weiter die Rede sein.

eine solche Bestechung sei nichts Lächerliches, sondern etwas Empörendes. —

Ob Verres wirklich hierbei in böser Absicht gehandelt habe oder nicht, wird sich wohl nie beweisen lassen, und es kommt darauf am Wenigsten an; wohl aber ist es wichtig zu untersuchen, ob Cicero selbst sich bei diesem Anklagepunkt verstelle, oder mit voller Ueberzeugung rede. Ich möchte das Letztere glauben. Im **translatitium edictum** hatte das Kapitel von der Ertheilung der **b. p.** nur die Ueberschrift: **si de hereditate ambigitur**, wie dies ja im §. 117. Cicero aus dem Sicilischen Edicte anführt, welches mit den **translatitium** wieder gleichlautend gewesen war. Indeß ist auch nicht der geringste Grund, anzunehmen, daß Verres als **praetor urbanus**, was er mit dem zweiten Theile der Ueberschrift: **si poss. spons. non fac.** bezeichnete, erst ganz neu erfunden habe. Wenn das der Fall wäre, so würden wir gewiß Cicero noch sehr vielmehr darüber sagen hören. Wir dürfen also wohl annehmen, daß der Titel **si possessor sp. n. fac.** auch schon im **translatitium edictum** enthalten war, und da sein Inhalt jedenfalls genau mit der **b. p.** zusammenhing, so ist es das Natürlichste, daß er gleich hinter dem Kapitel: **si de her. ambigitur** stand. Verres warf nun beide Kapitel in Eins zusammen, und verband denn auch die beiden bisher getrennten Ueberschriften. Ob er damit eine Zweideutigkeit erreichen wollte, kann man unbeantwortet lassen. Aber jedenfalls war sie doch darin zu finden, und Cicero monirt sie im vollkommenen Ernst. — So lange nämlich das Kapitel **si possessor** hinter dem **si de hered.** stand, war es klar, daß das Wort **possessor** nur den bedeuten könne, dem im vorhergehenden Kapitel das Recht der **bon. possessio** zugesprochen war. Im Edicte des Verres dagegen konnte es scheinen, als sei damit jeder factische **possessor hereditatis** gemeint, weil nun erst im Folgenden die einzelnen Klassen genannt wurden; und dies ergreift nun Cicero um so mehr, da er gleich nachher zeigen will, daß durch die von Verres aufgestellten Prätorischen Klassen jeder beliebige Prätendent die Erbschaft bekommen könne. Ob Jemand ein Recht auf die Erbschaft habe (**oporteat possessorem esse**), darauf komme es dem Verres nicht an, sondern darauf, ob Jemand die

Erbschaft bereits besitze, damit dieser ihn gleich aus der Erbschaft bezahlen könne (**Si possessor non esset, non dares**). Es liegt darin eine höhnische Hinweisung auf den Erbprätendenten, der in so schlechten Umständen wäre, daß er den Verres für den Schutz der Beute nur aus der Beute selbst bezahlen könne.

Es ist sehr möglich daß Cicero hier den Verres ganz mit Unrecht tadelt, aber dabei ist Cicero doch nicht weniger ernsthaft. Der Sinn seines Tadels ist: man sehe gleich aus der Ueberschrift, worauf Verres hinaus wolle, und könne also auch gleich vermuthen, Verres müsse bestochen worden sein. „Schon das sei lächerlich." — Wenn Huschke die Worte **jam hoc ridiculum est** in dem Sinne nimmt: „doch das sind Späße", also wie wenn Cicero einen eben erhobenen Tadel damit zurücknähme, so scheint mir das mit der Ernsthaftigkeit des Handels nicht zusammenzupassen. Und wenn er meint, Cicero würde dies nicht etwas Lächerliches, sondern vielmehr Empörendes genannt haben, so läßt sich dagegen einwenden, daß eine empörende oder verächtliche Handlung, die so vorgenommen wird, daß ein Jeder gleich die unlautere Triebfeder erkennt, — stets wegen dieser Dummheit des Handelnden auch lächerlich ist. So kommt es, daß das Wort **ridiculum** leicht die Nebenbedeutung des Verächtlichen hat [14]).

2) Während Cicero im §. 116. mehr eine Einleitung zu dem eigentlichen Anklagepunkte giebt, aus der man indessen bereits die Absicht des Verres ersehen könne, — so folgt nun im §. 117 u. 118. der Tadel der Edictsveränderung, wodurch gerade jener Erbschaftsprätendent autorisirt werden sollte, den

---

14) Scheller citirt eine Stelle aus Hieronymus: non ridiculosa, i. e. risu digna, ut scribis, sed ridicula, i. e. contemtu digna mihi forte res accidit." —

Huschke giebt noch eine andere Erklärung der Worte **jam hoc ridiculum est**, wonach sie nicht zum Vorhergehenden, sondern zum Folgenden gehören sollten Aber er legt selbst kein großes Gewicht darauf, und mir scheint sie deßhalb unmöglich, weil Cicero vom Folgenden sagt, es sei translatitium edictum, und dem keinen völligen Glauben beizumessen, ist kein Grund vorhanden.

Gentilen gegenüber die Erbschaft zu behalten. Es wird zuerst der Satz angegeben, den das Verrinische und **translatitium edictum** mit einander gemein hatten. Dann aber folgte die Bestimmung: **si tabulae testamenti non proferentur, ei possessionem dabo, qui se dicet heredem esse.** — Schon aus dem emphatischen **quid ait?** sehen wir, daß in dieser Conception des Edicts der Vorwurf Cicero's liegt, und es wird dies, wie ich glaube, dadurch unzweifelhaft gemacht, daß Cicero den ganzen Minucianischen Fall mit Anführung der Worte beginnt, welche statt jenes Passus im **translatitium edictum** standen; nach deren Anwendung auf die Erbschaft des Minucius dann die Frage aufgeworfen wird: **Videte ut hoc iste correxerit**[15]?

In den Worten **ei, qui se dicet heredem esse** liegt eine Zwei- oder vielmehr Dreideutigkeit. Wenn man nämlich den Ton auf **heredem** legt, und bedenkt, daß darunter meist, im Gegensatz des **scriptus heres**, der Intestaterbe verstanden wurde, so kann man ganz dasselbe darin finden, als was bisher im **translatitium edictum** stand. „Wenn kein Testament vorgewiesen wird, so soll der auf Intestaterbrecht sich Berufende die b. p. haben.“ Man nähme damit stillschweigend an, daß der Bewerber sich auch mit Grund darauf beriefe; und man konnte dies sehr füglich bei einem Institute supponiren, wo die wirkliche Ertheilung der b. p. noch immer von der Entscheidung des Prätors abhing, von dem sich vermuthen ließ, daß er auf ganz grundlose Behauptungen nicht eingehen werde.

Zweitens ließen sich die Worte so verstehen, als wollte Verres nur das successive Verhältniß der drei Intestaterbklassen aufheben, um die Erbschaftsangelegenheiten durch einmaliges Herbeirufen sämmtlicher Intestaterben noch weit schneller als bisher zu erledigen.

---

15) Huschke a. a. O. „Auch sieht man aus dem Folgenden in Verbin„dung mit der Einleitung des ganzen Falles am Ende v. c. 44. „daß das, was Cicero als wirklich schlecht, und von Verres gegen „die gens Minucia benutzt darstellt, die Worte ei qui se dicet „heredem esse, waren.“

Drittens aber war auch die Auslegung möglich, als wolle Verres Jedem, der bloß **dicat** (und zwar ohne alle weitere Rechtfertigung) se heredem esse, die b. p. zu ertheilen befugt sein. —

Mag nun, wer dem Verres geneigt ist, diese Undeutlichkeit seiner bloßen Rechtsunkenntniß zuschreiben, oder mag man sie als vom Verres beabsichtigt annehmen, jedenfalls behauptet Cicero, daß die dritte Interpretation die gewesen sei, auf die Verres ausging, und um ihrentwillen hat er den ganzen Fall den Richtern vorgetragen. Und das ist der Hauptpunkt, der zu beweisen war, um die Art zu rechtfertigen, wie ich oben das Verrinische und das translatitium edictum reconstruirt habe.

§. 25. Es bleibt uns jetzt noch übrig, die eigentliche Anwendung von dem zu machen, was wir im vorigen § gewonnen haben; nämlich die Interpretation der aus der Ciceronianischen Stelle geschöpften Edictsworte.

Es scheint mir unverkennbar daraus hervorzugehen, daß das eigentliche Wesen der b. p. genau mit den civilrechtlichen ordines zusammenhängt, und Cicero sagt es ja außerdem noch ausdrücklich, daß aus dem **Civil**recht der gens Minucia auch ihr Anspruch auf die bon. poss. folge. So sagt er, sei es von Anfang an, so lange eine b. p. bestanden habe, gewesen. Und darin liegt denn auch der Beweis, daß neue Prätorische Erbklassen erst späteren Ursprungs sein können. Denn für sie bestand doch immer noch ein anderer Veranlassungsgrund, als der welcher die successio unter den civilrechtlichen ordines hervorrief. Eine **gleichzeitige** Einführung dieser letzteren und jener neuen ordines zu vermuthen, dazu bietet uns die langsame und allmählige Römische Rechtsentwicklung nicht die geringsten Anhaltspunkte, und so bleibt nichts Anderes übrig, als das Eine, was nach Cicero's Zeugniß von Anfang an bestanden hat, als das ursprünglich Einzige anzunehmen, zu dem dann das Andere erst nach und nach hinzukam [1]).

---

1) Die **positiven** Beweise für den späteren Ursprung der neuen Erbklassen, werden im zweiten Buch geliefert werden.

Damit soll nicht gesagt sein, daß nicht zu Cicero's Zeit schon neue Prätorische **ordines** bestanden hätten. Es wird sich vielmehr rücksichtlich der **supplendi juris civilis causa** aufgestellten weiter unten das Gegentheil finden, dagegen, daß es bereits eine **contra tab. b. p.** und die damit genau zusammenhängende **b. p. unde liberi** gegeben habe, scheint mir mit unseren Edictsworten unvereinbar. Betrachten wir dieselben im Einzelnen.

1) Vor allen Anderen (**potissimum**), sagt der Prätor, werde ich dem Testamentserben die **hereditas** geben

Huschke (S. 4.) meint hier, man müsse statt **hereditatem**: **possessionem** (oder **possessionem hereditatis**) lesen, da sich in den Handschriften theils dieses, theils jenes Wort finde. Indessen wie die Abschreiber statt **hereditatem**: **possessionem** setzen konnten, ist sehr leicht zu erklären, nicht wohl aber umgekehrt. Und ebensogut wie es hieß, der Prätor gebe dem **bonorum possessor** das **d o m i n i u m**, (s. oben §. 14.) so konnte man auch sagen, er ertheile die **hereditas**, und vor Allem ließ sich dies von dem Testamentserben sagen, der ja, vorausgesetzt daß das Testament ein völlig gültiges war, durch das Civilrecht Allen vorangestellt wurde. Die **b. p.** war für ihn nichts Anderes, als eine Berufung um vor dem Prätor die **hereditatis aditio** vorzunehmen, wofür ihm dieser wieder die Besitzergreifung erleichterte (§. 19—21.), und wie konnte dies besser ausgedrückt werden als durch **hereditatem dabo**, indem damit zugleich angedeutet ist, daß in der Ertheilung der **b. p.** die **hereditatis aditio** liegen solle?

Der Einwurf, der mir hier nach den jetzt herrschenden Ansichten gemacht, und bald näher beleuchtet werden wird, ist, daß ja der Prätor sich nicht nach allen Richtungen hin beweisen ließ, daß das Testament ein vollkommen gültiges sei. Indem man bloß die 7 Siegel nachzuweisen brauchte, konnte es aus vielen anderen Gründen nichtig sein, und doch wurde eine **b. p.** gegeben, die also unmöglich eine **hereditatis aditio** war.

Vorerst nur folgende Antwort: Wenn der Prätor sich das N i c h t v o r h a n d e n s e i n aller Infirmationsgründe des Testamentes hätte beweisen lassen wollen, so würde wohl Nie-

mand wegen dieses diabolischen Beweises von ihm die b. p. sec. tab. verlangt haben. Vielmehr präsumirte er auf gewisse Data hin die Gültigkeit des Testamentes, fingirte den Vorweisenden als scriptus heres, und überwies ihm die hereditas. Stimmte nun die Präsumtion mit der Wirklichkeit überein, d. h. war (was doch immer das häufigste ist) das Testament ein den Regeln des Civilrechts durchaus entsprechendes, also vollkommen gültig, so hatte ja dann in der Agnition der b. p. die wirkliche hereditatis aditio gelegen; es war also das vom Prätor beabsichtigte Resultat erlangt, während freilich jeder wußte, daß anfangs bei der Ertheilung der b. p. in Folge der Testamentsvorzeigung nur die fingirte hereditas, (das fingirte dominium etc.) zugesichert werden konnte. Was aber der Erfolg gewesen sei, wenn nach Ertheilung der b. p. die Präsumtion sich als unrichtig auswies, d. h. irgend ein Vernichtungsgrund des Testamentes offenbar wurde, werden wir alsbald sehen.

2) Wurde nun kein Testament in der festgesetzten Frist vorgebracht (si tabulae testamenti non proferentur), so präsumirte der Prätor, es sei gar kein Testament vorhanden, es sei also der Erblasser intestatus gestorben (si is intestato mortuus esset), und ließ danach von der testamentarischen zur Intestaterbfolge eine Successio in der Delation eintreten [2]). Dieselbe Successio mußte nun aber wieder bei den einzelnen Intestatklassen statt finden; und wie drückte dies der Prätor aus?

> tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, ita secundum eum possessionem dabo.

Wir können dies so übersetzen: „denn wie ein Jeder zunächst „folgende, proximus, der den Uebrigen vorgehende (potissimus) „Civilerbe sein müßte, werde ich ihm zu Gunsten die possessio ertheilen.“

Es ist dies ein eigenthümlich kurzgefaßter Satz, aus dem sich aber doch, wie ich glaube, mit völliger Bestimmtheit der

---

2) S. §. 23. Note 2. und §. 21. Note 5. —

beabsichtigte Sinn entwickeln läßt. Er läßt sich noch deutlicher so paraphasiren:

„Ich werde die b. p. Jedem ertheilen, der nach dem „Civilrechte gerufen ist, und der wahre allen Uebrigen „vorgehende [3]) heres sein müßte, wenn er nach Civil„recht eben so der Nächste wäre, wie er der Nächste ist, „der bei mir die b. p. agnoscirt hat [4]).“

Es liegt darin dasselbe, was schon überhaupt von dem Uebergang der testamentarischen auf die Intestatsuccession gilt. Ebenso wie aus dem Nichtvorbringen eines Testamentes dessen Nichtvorhandensein präsumirt wird, so soll auch jeder, der ab intestato sich zuerst meldet, als der potissimus heres fingirt werden, indem man das Nichtvorhandensein früherer Intestaterben präsumirt. Natürlich kann hier nicht jeder beliebige Dritte sich melden, sondern der, welcher aus seiner eigenen Person zu dem Civilrecht vollkommen qualificirt ist, der nur durch das Dasein Anderer davon ausgeschlossen sein kann. Denn wer schon aus eigener Person absolut unfähig ist, (also nicht in die drei civilrechtlichen Klassen gehört) der kann auch nie als der potissimus **heres** angenommen werden.

Mithin ist in diesen Worten eine Beziehung auf neue Prätorische ordines gänzlich ausgeschlossen, dagegen sind die civilrechtlichen Klassen alle darin enthalten, wie ja auch Cicero gerade das Recht der **letzten** Klasse der Gentilen, daraus ableitet; und so scheint es mir denn so bündig wie möglich durch die Edictsworte selbst bewiesen, daß der Kern der ganzen b. p. **nichts als das successorium edictum für die civilrechtlichen Erbklassen** sei. —

Schließlich muß hier noch Huschke's Ansicht erwähnt werden, der freilich etwas ganz Anderes aus unserer Stelle ab-

---

3) Uebrigens läßt sich das potissimum auch als Adverbium auffassen, ohne daß der Sinn dadurch verändert wird.

4) Oder auch folgende Paraphrase:

„Ich werde jeder nächstfolgenden Intestatklasse (die sich meldet), „als wenn sie die vom Civilrecht Berufene wäre, die possessio „geben.“

leitet. Er versteht [5]) das **potissimum** so, als sage der Prätor, er werde hauptsächlich bei Ertheilung der **b. p.** darauf sehen, wen das Civilrecht zur Erbschaft berufe, was ihn aber nicht hindere, auch aus anderen Gründen nach dem allgemeinen Princip der Würdigkeit sein **beneficium** zu vergeben. Diese Interpretation scheint mir deßhalb unmöglich, weil man doch wird zugeben müssen, daß beidemal, wo das Wort **potissimum** in der Edictsstelle vorkommt, es denselben Sinn haben müsse. Bei der **b. p. ex testamento** ließe sich nun allenfalls das Wort in jener Bedeutung übersetzen; aber bei der **ab intestato** auf keine Weise, denn hier heißt es nicht, der Prätor wolle **potissimum** die **b. p.** an die Intestaterben geben, sondern allgemein, er wolle die **b. p.** dem geben, der **potissimum heres** sein müßte. Also die **b. p. ab int.** ist jedenfalls eine ohne Clauseln gegebene, worin der Prätor sich gar keine Wahl läßt, andere persönlich Würdigere den civilrechtlichen Intestaterben vorzuziehen, wie ja auch Cicero's schon öfter erwähnte Argumentation über das Recht der **gens Minucia** beweist. — Wie sollte nun aber der Prätor dazu gekommen sein, im Gegensatz mit der **b. p. ab int.** die **secundum tabulas** in jener Weise zu limitiren? Es scheint also mit Nothwendigkeit zu folgen, daß wir auch bei dieser das **potissimum** nicht mit hauptsächlich sondern „vor allen Anderen" übersetzen müssen, so daß also auch hier alle willkührliche Verleihung dem Prätor entzogen war. Wie leicht hätte Verres, wenn die Huschkesche Ansicht richtig wäre, jenem Erbprätendenten, als einem würdigen Mann (die Beurtheilung der Würdigkeit hätte doch nur vom Prätor abgehangen) — die Erbschaft zuwenden können, ohne daß er sich der immer sehr mißlichen Edictsveränderung zu bedienen brauchte!

So scheinen mir denn auch die übrigen Gründe, die Huschke für sich anführt, seiner Ansicht keine Bestätigung zu gewähren.

In den Beispielen des **Valer. Max. (VII. 7. §. 6 u. 7.)**

---

5) A. a. O. S. 14.

ist der Grund, weßhalb die b. p. verweigert wird, nicht der, daß Indignität das Recht selbst auf dieselbe entziehe, sondern die ganz äußerliche Ursache, daß der Prätor keine solche Leute in seiner Gegenwart duldet. Ihnen fehlt also das Recht an sich nicht, aber sie dürfen nur nicht vor dem Prätor erscheinen, es geltend zu machen [6]). Das ist in der Stelle auch bestimmt angegeben:

> **quo provisum est, ne obscoena Genucii praesentia inquinataque voce, tribunalia magistratuum sub specie petiti juris** (also das Recht selbst wird nicht geläugnet) **polluerentur.** —

Die Belobung Cicero's (**pro Cluent 60.**) von Jemandem, der die **b. p.** erhalten, als einem **adolescens pudentissimus et inprimis honestus**, wird wohl auch kein Bestärkungsmittel jenes Princips der Würdigkeit abgeben, wenn man bedenkt, wie Cicero alle Personen, die mit der von ihm vertheidigten Sache zusammenhängen, stets als ausgemachte Tugendhelden darzustellen sucht, um einen gehörigen Contrast gegen die andere Partei zu gewinnen. —

Und endlich die Vermuthung, „daß der im Justinianischen „Rechte so nichtsagend gewordene Titel (**D. 38. 13.**) **quibus** „**non comp. b. p.** ursprünglich zur Namhaftmachung solcher „Personen diente, denen der Prätor, obgleich sie an sich be„rufen waren, doch wegen Unwürdigkeit die **b. p.** nicht geben wollte“, — woraus denn auch ein Anknüpfungspunkt für die Indignitätslehre der Civilrechtsquellen der Kaiserzeit abgeleitet wird, — diese Vermuthung dürfen wir wohl auch mit demselben Grunde, den wir den Stellen des **Valer. Max.** entgegensetzten, zurückweisen. Huschke scheint sich hier selbst zu widersprechen, indem er solche unwürdige Personen „an sich für berufen“ zugiebt, während er vorher alle Klassen nur unter der Bedingung der Würdigkeit für berufen annimmt.

Wenn wir nun jenes Wort **potissimum** in der Bedeu=

---

6) Savigny System **II.** S. 190.

tung: „vor allen Anderen“ nehmen dürfen, so ist schon damit bewiesen, daß es zu Cicero's Zeit noch keine c. t. und unde liberi b. p. gegeben habe. Wenn zuerst die b. p. sec. tab. ertheilt werden soll, so kann nicht eine Andere ihr noch voraufgehen. Schon Fabricius nimmt dies an, und wird nicht durch Huschke widerlegt, welcher ihm das zweite potissimum entgegensetzt, das doch nicht ebenfalls wieder zuerst heißen könne. Aller Begriff des Ersten ist relativ, man kann in einem gewissen Kreise, unter gewissen Bedingungen der Erste sein, während man unter anderen Bedingungen hinter Anderen steht. So könnte also auch bei der sec. tab. b. p. sehr wohl das Wort potissimum stehen, und damit wäre doch eine c. t. vereinbar, aber dann müßte jene durch das Nichtvorhandensein dieser bedingt sein. Das Edict würde gelautet haben: „wenn die Zeit der c. t. abgelaufen ist, so will ich zuerst die b. p. sec. tab. ertheilen.“ Ebenso wie es dann später heißt: „wenn kein Testament vorgewiesen wird, so will ich dem ersten Civil-Intestaterben, welcher sich meldet, die b. p. geben.“

Daß hier bei der Intestaterbfolge ein Erster angenommen wird, beweist ja noch nicht, daß er absolut der Erste wäre. Er ist es unter der Voraussetzung, daß kein Testament vorhanden sei: (si is intestato mortuus esset). Dagegen weil bei der testamentarischen Succession sich nicht diese Voraussetzung einer noch früheren Erbklasse findet, so folgt, daß sie zu Cicero's Zeit absolut die Erste war.

Ebenso wie die testamentarische hinter der c. t. b. p. steht, so folgt in späteren Zeiten die b. p. der Civil-Intestaterben auf die unde liberi. Es wird sich später zeigen, daß diese im genausten Zusammenhange mit der contra tab. steht. Hier können wir jedenfalls schon sehen, daß für sie, ebenso wie für die c. t., in unseren Ciceronianischen Edictsworten kein Platz ist. Die b. p. der legitimi heredes folgt gleich auf die sec. tab. (sequi illud oportet etc.), es stand also noch nicht zwischen beiden das, was wir später an dieser Stelle finden. Ferner aber leuchtet es ein, daß durch Einschiebung der b. p. unde liberi die Ciceronischen Edictsworte unpassend werden mußten, indem jetzt vom Prätor eine Klasse

constituirt war, welche die **legitimi heredes** verhinderte, die **ab intestato** allen Anderen vorhergehenden (**potissimum**) Erbberechtigten zu sein, und so finden wir denn auch in der That in einer späteren Quelle eine andere Fassung des Edictes:

> **fr. 1. unde legitimi (Julianus) — Haec verba edicti:** *Tum quem ei heredem* [7]) *esse oporteret, si intestatus mortuus esset.*

§. 26. Nachdem ich in den voraufgehenden beiden §§ meiner Ansicht über den Ursprung der **b. p.** in den Edictsworten selbst den letzten und besten Beweis gegeben zu haben glaube, müssen nun die genaueren Bedingungen der einzelnen Klassen untersucht werden (s. §. 24. im Anfange).

I. Die bonorum possessio secundum tabulas.

Eine sehr verbreitete Ansicht über die Bedeutung dieser Klasse ist folgende [1]). Der Prätor habe eine Form des Testaments als genügend anerkannt, die von dem civilrechtlichen Mancipationstestamente wesentlich verschieden gewesen sei, und sich durch freiere, weniger Formalitäten erfordernde Regeln ausgezeichnet habe. Man nennt sie das Prätorische Testament. Wer ein solches habe vorweisen können, dem sei eine **b. p. sec. tab.** verliehen worden. Darin liegt aber, daß diese Klasse eine von der civilrechtlichen testamentarischen Erbfolge völlig abweichende gewesen sei, welche nur in einem Mancipationstestamente ihren Grund haben konnte. Da das Prätorische Testament viel weniger Erfordernisse gehabt habe, als jenes, so

---

7) Auf heredem liegt der Ton, d. h. der vom Civilrecht berufene Erbe. Vgl. noch fr. 4. unde leg. — Daß in dem Conjunctiv oporteret nicht eine Hindeutung auf die emancipati liegt, wie Mayer (Erbrecht I. S. 156.) meint, scheint mir durch das Bisherige genugsam widerlegt.

1) Ich führe die einzelnen Schriftsteller, welche diese Ansicht haben, nicht an, weil es genügt, diejenigen zu bemerken, welche sich abweichend von ihr geäußert haben.

seien also eine Menge von Fällen denkbar, in denen eine Prätorisch gültige Erbfolge vorhanden gewesen, die das Civilrecht nicht anerkannt habe.

Durch dies Nebeneinanderstellen zweier verschiedener testamentarischer Successionen, entsteht nun aber die Frage, auf die offenbar Alles ankommt, nämlich: welche von beiden die in der Praxis herrschende gewesen sei, oder m. a. W. welche die Kraft gehabt habe, die Intestatsuccession auszuschließen? — eine Kraft, die doch eine wahre testamentarische Succession nothwendig haben muß.

Vor der Entdeckung des Gaius konnte man diese Frage unbedenklich dahin beantworten, daß die Prätorische Erbfolge durchaus vorgegangen sei. Man habe absichtlich eine freiere Testamentsform an die Stelle des Mancipationstestamentes gesetzt, um eben in einer Reihe von Fällen dem **scriptus** die Erbschaft zuzuwenden, welche er nach Civilrecht nicht hätte erhalten können. Also jene **b. p. sec. tab.** habe nicht allein eine weitere Berufung der Prätorischen Intestatklassen verhindert, sondern sie sei auch den lediglich sich auf das Civil-Intestaterbrecht Stützenden vorangegangen [2]).

Unerwartete Schwierigkeiten erhoben sich indeß gegen diese Ansicht durch eine Stelle des Gaius **II. 119. 120.**, welche klar genug zu sagen scheint, daß die **b. p. sec. tab.** jenen Vorzug vor den Civil-Intestaterben erst durch ein Rescript des Kaisers Antoninus (Mark Aurel) erhalten habe. Vor demselben also mußte es doch offenbar umgekehrt sein [3])! — Man hat daraus den Grund hergenommen, um überhaupt das in Note 2. erwähnte Hugosche Princip umzuwerfen, und das gerade entgegengesetzte an die Stelle zu setzen, wobei man freilich gleich von vorn herein mehre Ausnahmen anerkennen mußte [4]).

---

2) Namentlich seitdem Hugo in seiner Doctordissertation (**de bonorum possessionibus. Hal. 1788**) das Princip der **b. p. cum** und **sine re** entwickelt hatte, glaubte man an diesem Satze nicht zweifeln zu dürfen.

3) Hugo R. G. S. 589 u. 609.

4) Fabricius a. a. O. S. 208 ff. v. Vangerow. Leitfaden II. S. 16. Danz R. G. II. S. 51.

Ich habe in einer eigenen Abhandlung [5]) diese Schwierigkeiten dadurch zu heben gesucht, daß ich zeigte, die b. p. sec. tab. müsse überhaupt unter einem ganz anderen Gesichtspunkte aufgefaßt werden. Die Aufstellung dieses neuen Principes knüpft sich eng an den schon von Treckell entwickelten, von Dernburg und Fabricius angenommenen Satz an, daß nicht daran zu denken sei, als habe der Prätor durch die b. p. sec. tab. eigens eine neue Testamentsform geschaffen, die man unter dem Namen des Prätorischen Testamentes als dem Mancipationstestamente entgegengesetzt, und davon unabhängig im Römischen Rechtsleben bestehend aufzufassen habe [6]).

Von dem Principe der b. p. cum und sine re kann erst die Rede sein, nachdem alle die einzelnen ursprünglichen Klassen der b. p. festgestellt sind; aber es leuchtet ein, daß die Beantwortung desselben ganz durch jene Stelle des Gaius bedingt wird, also überhaupt von der Ansicht abhängt, die man von der b. p. sec. tab. hat.

5) Historia bonorum possessionis secundum tabulas. Goettingae. 1841.

6) Treckell de origine atque progressu testamentifactionis apud Romanos. Lips. 1739. pag. 158. ff. — Dernburg Beiträge zur Geschichte der Röm. Testamente. Bonn 1821. S. 213—233. Fabricius a. a. O. S. 121—124. — Namentlich muß hier auf Treckells vortreffliche Schrift aufmerksam gemacht werden, welche, (wie Haubold in den von ihm herausgegebenen kleinen deutschen Aufsätzen Treckells Leipz. 1817. S. IX. sagt) „noch immer als ein Muster historischer Untersuchungen über das Römische Recht aufgestellt zu werden verdient." Allerdings dürfen wir wohl seine Ansichten über die älteren Testamentsformen (cal. com. u. in proc.) durch Dernburgs mit jugendlicher Frische geschriebene Untersuchungen für beseitigt halten, obgleich noch immer hie und da jene ältere, einst allgemein herrschende Ansicht, bei Nichtkennern wieder auftaucht. — Allein es muß zugleich bemerkt werden, daß für uns die Erkennung des Treckellschen Irrthums, wegen der Auffindung des Gaius, gar kein so großes Verdienst ist. Ehe Gaius die Erzählung des Theophilus in den Hauptpunkten bestätigte, lag es sehr nahe, die Glauwürdigkeit des letzteren zu bezweifeln, was man freilich nicht so stark auszudrücken brauchte, daß man ihn der merae fabulae und anilia figmenta (Treckell p. 117.) beschuldigte.

In anderen, uns hier besonders interessirenden Punkten, scheint mir Treckells Argumentation noch immer durchaus zu genügen, und

Es ist wegen der mancherlei noch immer über das Mancipationstestament obschwebenden Streitigkeiten nothwendig, die Hauptpunkte desselben hier, wo möglich, festzustellen. Das Princip, aus dem die **b. p. sec. tab.** aufzufassen ist, wird sich dann, wie mir scheint, sehr einfach daraus ableiten lassen [7]. — Wir können das, was uns über das **test. per aes et libram** hier zu wissen nöthig ist, in zwei Fragen theilen:

1) War dies zu Gaius und Ulpians Zeit unzweifelhaft in Gebrauch befindliche Testament im Wesentlichen ein mündliches, oder umgekehrt nothwendig ein schriftliches, oder endlich umfaßt es beide, die schriftliche und die mündliche Form gleichmäßig? Alle drei Ansichten werden heutzutage vertreten.

2) Wenn es ein schriftliches Mancipationstestament giebt, war schon nach Civilrecht dessen Obsignation erforderlich, und wenn dies zu bejahen ist, von welcher Zeit an können wir dies Erforderniß datiren?

ad 1. Daß ursprünglich das **test. per aes et libram** ein lediglich mündliches (**nuncupativum**) gewesen sei, läßt sich nach den Worten des Gaius **II. 102** ff., wenn man ihnen nicht Zwang anthun will, nicht wohl läugnen; und das wird denn auch heutzutage, soviel ich weiß, allgemein angenommen. Nichts ist auch für die Gestalt, in der man sich dies Testament in der älteren Zeit zu denken hat, passender. Der **familiae emtor** nimmt selbst die Stelle des **heres** ein, also auf ihn wird nach dem Tode des Mancipirenden die ganze Erbschaft übertragen, von der ihm nur etwa einzelne Vermächtnisse abzugeben in der **lex mancipii** aufgelegt wurde. Die

---

weil ich in neueren Schriften bisweilen deren Benutzung vermisse, so schien es mir nöthig, theils von vorn herein ganz besonders darauf zu verweisen, theils auch im Folgenden, wo ich nichts hinzuzusetzen fand, einige Stellen daraus in den Noten abdrucken zu lassen. —

7) Wenn neuerdings Roßhirt in seiner Zeitschr. V. 1. S. 37. sagt: „es ließe sich von der b. p. sec. tab. durchaus nicht ein positives „Princip aufstellen, sondern es ließen sich die einzelnen Richtungen „nur kurz (?) darstellen und übersehen" — so kann ich dies um so weniger verstehen, als er doch selbst meint: „daß diese wichtige Lehre „ihren eigenen (?) Mann erfordere."

beiden Theile, welche nach Ulpian in dem Mancipationstestamente enthalten sind, die **familiae mancipatio**, und die **nuncupatio** 8) konnten auch jetzt schon vorkommen, nur waren sie nicht beide nothwendig. Denn indem man den selbst hinzuzog, den man zum **heres** haben wollte, so lag die Erbeseinsetzung schon in der **mancipatio** der **familia** an denselben. Aber da wohl selten ein Testament ohne Legate gemacht wird, so konnte nur selten der zweite Theil fehlen, die **lex mancipii**, d. h. die Aufzählung der Nebenbestimmungen, unter denen dem **heres** die **familia** zukommen sollte. Daß dieselbe mündlich geschehen mußte, läßt sich nach der allgemeinen Regel für die Mancipationen nicht bezweifeln 9).

Später aber gewann das Testament, wie es Gaius klar genug bezeugt, eine andere Gestalt, und wir können die Veränderung kurz so ausdrücken: es wurde die Erbeseinsetzung, welche bisher in der **familiae mancipatio** gelegen hatte, jetzt in den zweiten Theil des Geschäftes, die **nuncupatio** herübergezogen, welche dadurch erst, so wie sie Ulpian und Gaius darstellen, eine wahre **nuncupatio testamenti** wurde. Einen besonderen Grund für diese Veränderung giebt uns Gaius nicht an, er hebt nur hervor, daß also jetzt die Mancipation der Theil sei, welcher bloß **propter veteris juris imitationem retinirt** würde, der also keine innere Bedeutung mehr habe

---

8) Ulp. XX. 9. — In testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti.

9) Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto, sagen die 12 T. (Festus. v. nuncupata). — Wenn man mit Dernburg noch eine frühere Periode vor der im Text beschriebenen annimmt, wo der familiae emtor noch nicht heredis locum obtinebat, sondern ihm nur die einzelnen Eigenthumsstücke mancipirt wurden mit Aufträgen, sie später an Andere zu vertheilen, (a. a. O. S. 96 ff.) so kann die mündliche Form dieses Geschäftes, das noch gar kein wahres Testament war, noch weniger Zweifel leiden. Allerdings hat die Annahme einer solchen frühsten Periode des Mancipationstestamentes sehr viel für sich, weil das von Gaius und Ulpian angedeutete Nebeneinanderbestehen desselben mit dem calatis com. errichteten sich nicht wohl in anderer Weise denken läßt. S. Dernburg S. 117. N. 43.

(dicis gratia), während diese sich ganz auf den zweiten Theil, die nuncupatio testamenti, concentrirte [10]).

Dagegen giebt uns Theophilus in seiner Paraphrase zu dem Institutionentitel de test. ord. einen Grund für diese spätere Gestalt des Mancipationstestamentes an. „Weil der „fam. emtor die Stelle des heres einnahm, also wußte, daß „er das Vermögen bekommen werde, so stellte er dem Testator „nach dem Leben, und um dies zu verhindern, verkaufte man, „mit Beibehaltung der alten Form, dem familiae emtor das „Vermögen fortan nur Scheines halber, und ernannte, abgeson„dert davon, in tabulae den, welchen man zum heres haben „wollte."

Wir können, da so Vieles über die Testamente von Theophilus Erzähltes durch Gaius bestätigt wird, diesem Grunde, auch wenn ihn Letzterer nicht erwähnt, sehr wohl Glauben schenken, indem des Theophilus Thätigkeit allem Ansehen nach nicht soweit reichte, daß, wo seine historischen Quellen [11]) ihm keine Erklärungsgründe darboten, er sich deren gleich aus eigener Phantasie gebildet hätte. Es ist damit also die Entstehung des schriftlichen Testamentes dargethan, welches, wie sich nicht läugnen läßt, zu Ciceros Zeit schon in allgemeinem Gebrauch war, und vielleicht bereits lange bestanden hatte [12]). Auch Gaius und Ulpian sprechen bloß von dieser schriftlichen Art zu testiren, indem in der nuncupatio testamenti auf den Inhalt der tabulae, welche der Testator in der Hand hielt, verwiesen werde.

Aber es fragt sich, ob nun daraus mit Hugo und v. Löhr [13]) abgeleitet werden dürfe, daß in der dritten Periode

10) Gai. II. 103.

11) Und das waren doch gewiß nicht bloß des Gaius Institutionen.

12) Hugo R. G. S. 558. Z. 20. — Die Beweisstellen werden alsbald angegeben werden.

13) Hugo R. G. S. 932. Z. 9. Eine Stelle, die trotz Schillings Gegendeduction (in den Bemerkungen zur R. R. G. S. 375 u. 427. Note *)) aus der zehnten Auflage in die elfte unverändert aufgenommen ist. — v. Löhr. Arch. f. civ. Prax. Bd. 6. S. 332 u. 336. S. dagegen namentlich die zuletzt angeführte Stelle v. Schilling. — S. auch Glück XXXIV. S. 245.

der Rechtsgeschichte diese **tabulae** durchaus nothwendig gewesen seien, daß es also gar kein mündliches civilrechtliches Testament gegeben habe? Wenn wir bloß an dem Grunde festhalten, aus dem Theophilus die spätere Gestalt des Mancipationstestamentes ableitet, so scheint diese Ansicht allerdings viel für sich zu haben. Denn wer sich vor Lebensnachstellungen fürchtet, darf den Namen seines Erben nur in einer verschlossenen Schrift nennen, und sobald bloß die Sorge der Römer für ihr Leben sie dazu führte, dem **familiae emtor** die Eigenschaft des **heres** zu nehmen, so mußte dieselbe sie auch nothwendig zum ausschließlichen schriftlichen Testament führen. Wenn nämlich auch der Testator sich durch öffentliche Einsetzung eines Anderen als des **fam. emtor** vor des Letzteren Nachstellung sicherte, so war er doch nun ebensowenig wie vorher vor dem geschützt, der wirklich der Erbe werden sollte, und es in jedem Augenblick von den Zeugen oder dem **fam. emtor** erfahren konnte. Eine Pflicht dieser Personen, das bei der Testamentserrichtung Gehörte zu verschweigen, ist doch dem Röm. Rechte ganz unbekannt. Also führt der Grund des Theophilus mit Nothwendigkeit dahin, die frühere und spätere Gestalt des Mancipationstestamentes so zu unterscheiden, als habe sich aus dem mündlichen bisher allein gebräuchlichen, jetzt ein allein bestehendes schriftliches gebildet. Und so ist auch in der That die Ansicht und Darstellung des Theophilus. Aber Gaius drückt sich ganz anders aus. An der Stelle, wo er das ältere und neuere Recht gegen einander stellt, erwähnt er das, was nach Theophilus jedenfalls die Hauptsache wäre, gar nicht (**II. 103.**), vielmehr heißt es nur:

> **nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emtor adhibetur.**

Es würde willkürlich sein, hier unter dem Wort **testamento** nur die **tabulae testamenti**, das schriftliche, nicht auch die **nuncupatio testamenti**, das mündliche Testament zu verstehen. Erst nachher spricht dann Gaius bei Erörterung der weiteren Förmlichkeiten insbesondere von den **tabulae testamenti**, weil, was Niemand läugnen wird, sie jedenfalls im Leben, ebensogut wie bei uns, das Häufigste waren. Aber

gerade die Art, wie er davon spricht, zeigt deutlich, daß er die schriftliche Form nicht für die einzig mögliche halten kann.

> **et hoc dicitur nuncupatio; nuncupare est enim palam nominare; et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.**

Er rechtfertigt also die Gültigkeit des schriftlichen Testamentes lediglich dadurch, daß es als ein nuncupatives aufzufassen sei. Ist es nun wohl anders denkbar, als daß das rein nuncupative als ein ganz gültiges Civiltestament betrachtet werden muß?

Wir brauchen wohl kein Bedenken zu tragen, hier im Gegensatze zu Gaius, den Theophilus eines Irrthums zu zeihen, in welchen er zu seiner Zeit so leicht gerathen konnte. Da allerdings in der späteren Periode des **test. per aes et libram** das schriftliche das bei weitem häufigere war, so ist es dem Theophilus nicht zu verargen, daß er dies gerade für das eigentliche Wesen dieser Periode hält. Wir dagegen, genau uns an die Worte des Gaius haltend (die allgemeine Präcision seiner Darstellung rechtfertigt das genugsam) haben den Character des späteren Mancipationstestamentes so hinzustellen, daß es nur durch die Freiheit, Andere Personen als den **familiae emtor** zu **heredes** zu ernennen, sich von der früheren Gestalt unterscheidet, und darin liegt dann eben schon das Resultat, daß von jetzt an die schriftliche und die mündliche als zwei gleichmäßig zulässige, wenn auch nicht gleichmäßig gebräuchliche, Testirarten des Civilrechts nebeneinander bestehen. —

Wenn wir indeß dies auf die Autorität des Gaius für bewiesen halten, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß wir nun auch den von Theophilus angegebenen Grund, für die Umgestaltung des **test. per aes et lib.** wenigstens nicht für den alleinigen ansehen können; da er, wie gezeigt ist, auf das alleinige Bestehen des schriftlichen Testaments geführt haben würde. Auch ist dieser Grund ja nur ein singulärer; es werden doch nicht alle **familiae emtores** den Testatoren nach dem Leben getrachtet haben; und mancher Römer wird in dem, welchem er sein Vermögen hinterlassen wollte, und den er dem

gemäß als familiae emtor sich gegenüber stellte, solches Zutrauen gehabt haben, daß er es für unnöthig hielt, durch eine besondere Schrift die Sache noch weiter zu verheimlichen. Wie kommt es nun, daß, auch wenn es mündlich vorgenommen wurde, es dennoch seine Gestalt veränderte, daß man nicht mehr den, welchen man zu seinem heres machen wollte, sondern jeden beliebigen Dritten zum fam. emtor nahm?

Der Erklärungsgrund liegt zu nahe, als daß er, weil wir ihn durch kein Quellenzeugniß belegen können, darum für weniger richtig zu halten wäre. Was sich von selbst versteht, fanden auch die Römer nicht zu bemerken nöthig, und so kommt es, daß Theophilus in seinen Quellen nur den außergewöhnlichen Grund fand. — Wenn der Testator Jemanden ernennen wollte, der sich auswärts befand, so hätte entweder dieser eigens zurückkommen, oder, wenn das nicht ging, die Testamentserrichtung ganz unterbleiben müssen. Ferner daß Jemand mehre heredes nebeneinander hätte ernennen können, war ganz unmöglich, da es nur Einen familiae emtor gab. Der Testator mußte, so sehr er es wünschen mogte, die in der Erbeseinsetzung liegende Ehrenbezeugung [14]) Mehreren zu Theil werden zu lassen, sich damit begnügen, Einen ausgenommen, die Uebrigen mit Legaten abzufinden. Ich glaube der bei weitem schwerste Schritt bei der Entwicklung des Mancipationstestamentes war, dem familiae emtor statt eines Singularsuccessors die Eigenschaften des heres beizulegen, als aber dieser geschehen war, (s. Note 9. — gewiß schon vor den 12 Tafeln) kann es nicht lange mehr gedauert haben, daß man die Erbeseinsetzung aus der familiae venditio in die lex mancipationis oder die nuncupatio hinüberzog [15]).

---

14) fr. 5. §. 6. de legat. praest. — Es ist wohl zu bemerken, daß dies eine Volksansicht war, wie sich aus vielen Gründen schließen läßt.

15) Wenn wir so die endliche Entwicklung des Manc. Test in sehr frühe Zeiten setzen, so könnte dagegen eingewandt werden, wie es möglich sei, daß Gaius davon noch so viel wisse? Aber ist es denkbar, daß die Römer, die so sehr an ihrem Rechte hingen, es je vergessen haben sollten, wie die an sich so auffallende Anwendung der Manci-

Indem wir also der Ansicht, das civilrechtliche Testament sei bloß ein schriftliches gewesen, entgegengetreten sind, so müssen wir umgekehrt auch die Ansicht Dernburgs verwerfen, der das reine Civiltestament für lediglich nuncupativ erklärt [16]). Freilich will und kann derselbe nicht läugnen, daß bei dem Civiltestamente auch tabulae vorgekommen seien, (Ein Blick auf Gaius lehrt das Gegentheil), aber er faßt doch die Sache so, als enthalte das nuncupative Testament nur die wesentlichen Requisite des Civilrechts, während die Schriftlichkeit als eine Zuthat gelte, die dem Testamente nur nichts schaden solle, die aber zu demselben keineswegs erforderlich sei. — Aus der bereits gegebenen Entwicklung leuchtet dagegen hervor, daß das schriftliche Testament nicht eine Vermehrung von Förmlichkeiten enthalte, durch deren Hinwegnahme man das reine Civiltestament erlange, sondern daß umgekehrt es eine Vereinfachung des Verfahrens mit sich geführt habe. Denn wenn auch anfangs die Zulässigkeit der tabulae durch die allgemeine Gefahr vor Lebensnachstellungen bewirkt worden ist, so wurde es doch in der Folge nicht aus diesem Grunde so allgemein, sondern weil man damit die weitläuftige Nuncupation des letzten Willens vermeiden wollte, welcher doch meist um der Sicherheit willen hätte in scripturam redigirt werden müssen. Liegt doch dies Streben nach Vereinfachung des Testamentsactes auch in den Gajischen Worten: **ea videtur generali sermone nominare.** — Der Gründe, wodurch Dernburg diese Auffassung der Sache [17]) bestätigen will,

---

pation auf Rechtsgeschäfte von Todeswegen zu erklären sei?

Ob die freie Einsetzungsbefugniß im Manc. Test. bereits zur Zeit der 12 Tafeln feststand, wage ich nicht zu entscheiden. Jedenfalls mußte sie, als die b. p. aufkam, entschiedenen Rechtens sein. Denn die Worte des Edictes: si tabulae testamenti etc. setzen nothwendig diese spätere Gestalt des Manc. Test. voraus, und diese Worte haben nach Cicero's Zeugniß, (dessen Richtigkeit zu bezweifeln kein Grund vorhanden ist) von Anfang an unverändert im Edict gestanden.

16) A. a. O. S. 130 ff.

17) Vielleicht scheint die Verschiedenheit derselben von unserer Ansicht, wonach zwei verschiedene Testirarten selbständig nebeneinanderstehend

sind zwei (S. 133—136.). Es sei der Character des älteren Röm. Rechts, daß man mehr in Wortformeln als in Schrift die Rechtsgeschäfte faßte. So wenig dies geläugnet werden kann, so beweist es doch nichts für unsere Frage, wobei es auf die Gestalt des Civiltestamentes zu der Zeit ankommt, in welcher die bon. poss. bestand, und man gerade durch das Prätorische Edict der strengen Gleichförmigkeit und Einfachheit der Rechtsgeschäfte mehr Ausbildung und Freiheit substituirte. Für die ältere Zeit läugnet Niemand die lediglich nuncupative Form der Testamente, wohl aber verneine ich sie für die Zeit, von der an man das Bestehen der b. p. setzt (S. Note 15.). Auch sieht man gleich aus Dernburgs zweitem Beweisgrunde, daß er gerade die spätere Gestalt des Mancipationstestamentes im Auge hat, und so hebt dieser zweite den ersten auf. Er sagt nämlich: wir fänden zu allen Zeiten in Rom nuncupative Testamente, wie sich dies ziemlich genau von August bis Justinian verfolgen ließe. Offenbar beweist auch dieser Grund, selbst wenn er ihn völlig darthäte, für seine Ansicht nichts, denn das Bestehen des mündlichen Testamentes läßt noch nicht folgern, daß es das reine Civiltestament gewesen sei, daß nicht das schriftliche als selbständige civilrechtliche Form daneben bestanden habe. Und wirklich liegen bei den Stellen, wodurch er das Bestehen des nuncupativen Testamentes darthut, die Andeutungen nahe genug, daß es gerade im Civilrecht gegen das schriftliche sehr zurückgetreten war.

Wenn Dernburg nämlich das bekannte Beispiel des Horaz anführt, so übersieht er dabei, daß Sueton's Worte ausdrücklich bezeugen, es sei das mündliche Testament nur aus Noth wegen des Ueberhandnehmens der Krankheit statt des schriftlichen gemacht worden[18]). Und wenn er die von

---

in der Mancipationsform vereinigt waren, — auf den ersten Blick gar nicht so bedeutend, da doch auch Dernburg (S. 138) zugebe, daß die tabulae beim Civiltestament sehr häufig vorgekommen seien. — Aber wir werden sehen, daß gerade hier der Punkt ist, wo eine auch geringe Abweichung vom richtigen Wege das Mißverstehen der b. p. sec. tab. zur Folge hat.

18) Suet. vita Hor. cap. ult. — herede Augusto palam nuncu-

Sueton (vit. Calig. c. 38.) erwähnten öffentlichen Erbeseinsetzungen des Caligula geltend macht, so vergißt er den mit Recht von Treckell erhobenen Zweifel, ob hier wirklich an nuncupative Testamente zu denken sei [19]).

Endlich aber beweist die Menge von Pandektenstellen, worin von mündlichen Testamenten gesprochen werde [20]), allerdings gegen Hugo's Ansicht, aber sie spricht auch nicht für die Dernburgische, da doch noch weit häufiger in den Pandekten von den tabulae testamenti und vom scriptus heres die Rede ist und zwar in Stellen, in denen lediglich vom Civilrecht, ganz unabhängig von der b. p., gehandelt wird.

Und wenn wir nun noch einmal auf jene Stelle des Gaius zurückblicken, (II. 104.) so leuchtet es doch wohl genugsam ein, daß, wenn sie auch zeigt, daß das schriftliche Testament nicht die einzige Form gewesen sein könne, — sie es doch auch von der anderen Seite als die gewöhnliche civilrechtliche Testirart erscheinen läßt. Ausdrücklich spricht ja Gaius nur von ihr, und doch soll sie etwas enthalten, was dem reinen Civilrecht fremd ist, einen Zusatz, welcher nur der civilrechtlichen Gültigkeit nichts schadet? — Ich glaube genügend dargethan zu haben, daß sie gerade die freiste, in den meisten Fällen bequemste Testirart des Civilrechts ist, welche freilich die nuncupative Form, aus der sie abgeleitet wurde, nicht ganz verdrängte, aber doch nur in seltenerer Anwendung neben sich bestehen ließ. Und so sind wir denn, zwischen zwei Extremen

---

pato, quum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas.

19) Treckell p. 117.

20) Hieher gehören: fr. 21. pr. §. 1. qui test. fac. poss. worin sich dreimal ganz in einer Parallele das schriftliche und mündliche Test. nebeneinandergestellt finden, aus Ulpians Commentar ad Sabinum. fr. 25. eod. fr. 1. §. 1. de her. inst. fr. 58. eod. fr. 20. §. 1. de vulg. et pup. subst. fr. 24. de test. mil. fr. 20. de jure codic. fr. 8. §. 4. de b. p. sec. tab. — cf. l. 2. C. de b. p. s. t. l. 1. C. de b. p. c. t. l. 5. C. de test. — l. 2. §. 1. Th. C. de testam. Nov. Val. III. Lib. II. 21. 1. §. 2.

hindurchgehend, wieder auf die in der Mitte liegende Ansicht Treckells zurückgeführt [21]).

§. 27. ad. 2. Nachdem die Bedeutung des schriftlichen Testamentes dargestellt worden ist, drängt sich die Frage auf, ob die bei der sec. tab. b. p. eine so große Rolle spielende **obsignatio** bereits ein Erforderniß des Civilrechts gewesen sei, oder ob indem der Prätor die Ertheilung der b. p. unter die Bedingung der Besiegelung des Testamentes stellte, damit gerade erst ein neues dem Civilrecht bisher noch nicht bekanntes Requisit der Testamentsform aufgestellt habe. Es ist klar, daß diese Frage den eigentlichen Uebergangspunkt bildet zur weiteren Untersuchung der sec. tab. b. p.; wenn es entschieden wäre, daß die obsignatio eine neue Prätorische Vorschrift gewesen sei, so würde darin zugleich der Beweis liegen, daß (wie es die Ansicht noch so mancher Schriftsteller unserer Zeit ist) der Prätor eine eigene dem Mancipationstestamente entgegentretende Form aufgestellt habe, daß also auch die sec. tab. b. p. eine von der civilrechtlichen testamentarischen Erbfolge wesentlich verschiedene Erbklasse gewesen sei (s. §. 26. im Anfange).

Je mehr Gelehrte bereits die gänzliche Unhaltbarkeit dieser Ansicht (und zwar meist von einander unabhängig) gefunden haben, um so mehr muß man danach streben, daß auch alle Ueberreste derselben völlig vertilgt werden, indem gera-

---

21) Treckell l. c. p. 149. – „Ut igitur totam meam sententiam brevibus comprehendam verbis, ita censeo, testamentum per aes et libram fuisse vel scriptum vel nuncupativum. Quando testator in scriptis testari volebat, tunc ante ipsum testandi actum, ultimam suam voluntatem tabulis consignare solebat: in ipso vero actu tabulas ostendebat testibus, et solennia illa nuncupationis verba addebat, quae a nobis ex Ulpiano supra recitata sunt. Si vero per solam nuncupationem testari volebat, tunc in ipso testandi actu, testibus praesentibus, palam ac clare totam suam ultimam voluntatem verbis pronunciabat, tandemque solennia nuncupationis verba addebat, in hunc ferme modum: *Haec uti dixi, ita do ita lego ita testor, itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote.*" u. s. w.

de diese Ueberreste, wie sich im Verlaufe meiner Darstellung zeigen wird, die größten Irrthümer zur Folge gehabt haben.

Ich will hier zuerst die positiven Beweise dafür zusammenstellen, daß in der That die obsignatio ein Theil des Civil-Testamentes gewesen sei, und alsdann soll selbständig dargethan werden, daß die **sec. tab. b. p.** keine von der civilrechtlichen testamentarischen Succession unabhängige Klasse gebildet habe. Das Gelingen des ersten Beweises führt von selbst auch den des zweiten mit sich, aber es dürfte jener auch mangeln, und doch würde dieser zweite nicht weniger richtig geführt werden können, so daß in ihm dann wieder der Beweis des ersten Satzes läge.

Es wird Niemand läugnen, daß für die Annahme, welche hier bekämpft werden soll, Gründe vorhanden sind, welche sehr leicht zu derselben führen konnten, Gründe indeß, welche bereits dem weiter sehenden Treckell nicht haltbar erschienen. So namentlich die immer wieder von Neuem, auch von Dernburg (S. 130.), angeführte Institutionenstelle:

> **§. 2. J. de test. ord. — Quum jure civili signa testium non essent necessaria. §. 3. eod. et ex edicto praetoris signacula testamentis imponerentur. — Signacula autem et testium numerus ex edicto praetoris.**

Jedenfalls ist Dernburg hier inconsequent, daß er diese Stelle für sich anführt, indem er später ein anderes gleich vorzubringendes Zeugniß so interpretirt, daß er darin auch selbst die Widerlegung der Institutionennachricht finden mußte. Es kommt hier überhaupt darauf an, festzustellen, welchen Werth man den historischen Nachrichten der Institutionen beizulegen habe. Wenn man Notizen darin findet, die einer älteren Quelle entlehnt zu sein scheinen (und wir geben zu, daß dafür die Präsumtion spreche), so haben sie allerdings für unsere historischen Forschungen große Bedeutung. Aber es giebt auch Erzählungen in den Institutionen, denen man es im Gegensatz zu jener Präsumtion gleich von vorn herein ansieht, daß sie erst von den Compilatoren gemacht sein können, eben weil sie zugleich von Zeiten sprechen, die bereits hinter denen

der klassischen Juristen lagen. Wenn wir in solchen Fällen der Paraphrase des Theophilus wenig trauen, sollen wir den Institutionenworten, die vielleicht gerade von demselben Theophilus herrühren, deßhalb mehr historisches Gewicht beilegen, weil sie die kaiserliche Sanction erhalten haben? Wir würden damit zugeben, daß die Wissenschaft in andere Schranken gebannt wäre, als welche ihr durch das Ziel der Wahrheitserforschung angewiesen sind.

Daß die Erzählung im Titel de test. ord. pr. — §. 4. nicht aus der Quelle eines älteren Juristen geflossen sein kann, braucht wie ich glaube, nicht weiter bewiesen zu werden. Sie ist die Erörterung des im §. 3. angedeuteten Themas,

> hoc jus tripertitum esse videtur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a jure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium a sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et testium numerus ex edicto Praetoris.

ein Thema, das in seiner angenehmen Uebersichtlichkeit und Einfachheit, recht deutlich das Streben des Gesetzgebers zeigt „ut nihil antiquitatis penitus ignoretur". Man könnte es eine Art Koketterie nennen, daß gerade in den neuen oft sehr passenden Anordnungen Justinians die alten Elemente hervorgehoben werden, aus denen das Neue zusammengeschmolzen sei. Daß man wirklich hier historische Genauigkeit sich zur Bedingung machte, paßt nicht eben zur damaligen Zeit. Und nun gerade die angeführte Stelle sollen wir auf Treu und Glauben hinnehmen müssen, bei der sich doch schon in demselben § ein völliger historischer Widerspruch findet? Zuerst heißt es quod jus civile exigebat, septem testibus adhibitis und ex edicto Praetoris signacula testamentis imponerentur. Also der numerus testium wird hier dem jus civile vindicirt, und dem Prätor nur die Einführung der signa zugeschrieben; und gleich darauf wird gerade das Umgekehrte gesagt. — Bedarf es eines weiteren Beweises, daß wir hier nicht auf historischen Boden stehen? —

Dagegen besitzen wir eine andere Quelle, die uns die be-

ste Sicherheit gewähren kann, welche überhaupt möglich ist. Es sind die oben bereits aus der Ciceronischen Stelle abgeleiteten Edictsworte selbst. Wenn ihre Interpretation auf etwas Anderes führt, als was die Institutionenstelle erzählt, so muß Letztere offenbar zurückstehen. Ich will diese Edictsworte hier sogleich mit der Interpretation aufführen, welche Treckel l. c. p. 167. davon giebt; eine Interpretation, die nicht deßhalb heutzutage die nicht allgemein angenommene ist, weil ihr bestimmte Gründe entgegenständen, sondern ehr weil man sie übersehen hat:

> Ait praetor: *si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti ad me proferentur* (Ergo, ut dixi, nihil novi hic praescribit, sed edicit, quid facere vellet, si quis tabulas testamenti afferat) *obsignatae* (Ergo requirit praesertim, ut istae sint obsignatae, non vero praescribit hoc, sed considerat tanquam requisitum necessarium justarum tabularum.) *non minus multis signis quam e lege oporteat.* Ex hisce verbis aperte elucet, praetorem omnino nihil mutare in numero testium, sive signatorum: sed velle, ut tot signa testium adsint, quod adesse oporteat in testamento juris civilis.

Mag man nun die Worte e lege verstehen, wie man will, so liegt doch jedenfalls darin, daß aus einer civilrechtlichen Quelle die Besiegelung des Testaments hervorgegangen, daß sie nicht erst vom Prätor gefordert worden war. Mag man eine besondere lex annehmen, in der schon vor Einführung der b. p. die Obsignation vorgeschrieben worden wäre, oder mag man e lege in der allgemeinen Bedeutung von „jure „civili“ auffassen, das Resultat bleibt dasselbe, daß der Prätor sich hier rein an ein Erforderniß des Civilrechts angeschlossen habe.

Ich meinestheils halte die Erklärung von e lege als gleichbedeutend mit „jure civili“, welche bereits, freilich ohne weiteren Beweis, von Treckell (S. 169), Savigny, Dernburg und Fabricius ausgesprochen ist, für die richtige [1]). Es kann

1) Savigny Zeitsch. II. S. 86. N. 14. Fabricius a. a. O. S. 123.

nicht geläugnet werden, daß e lege oder lege in dieser allgemeinen Bedeutung vorkommt, wie z. B. die bei der Testamentserrichtung gesprochene Formel [2]) ganz in demselben Sinne die Worte quo tu jure testamentum facere possis secundum **legem** publicam für secundum **jus** publicum enthält. Es liegt doch sehr nahe, daß in dieser Weise auch der Prätor das Wort genommen hat [3]).

Wir brauchen also nicht nach einer besonderen lex zu suchen, wir können unbedenklich annehmen, daß durch Gewohn-

---

N. 167. — Dernburg S. 217. widerspricht dadurch geradezu seiner früheren Behauptung, daß die signatio testium vom Prätorischen Rechte herrühre. — Daß mit e lege nicht die lex Cornelia testamentaria gemeint sei, wie neuerdings wieder Huschke meint (Flavii Syntrophi instr. don. ed. Huschke p. 52. Richtersche Jahrb. 1839. S. 23.), hat schon Treckell a. a. O. widerlegt. — Daß e lege nicht auf die leges municipales zu beziehen sei (Hugo R. G. S. 589. N. 2.), folgt aus gleich anzuführenden Stellen Cicero's, in denen von der zu Rom gebräuchlichen Obsignation die Rede ist. — v. Löhr Magazin IV. 4. S. 452. stimmt wiederum Huschke bei, und hält demnach die sec. tab für eine b. p. quib. ex legibus. Aber wenn auch die Siegel gesetzlich waren, so ist es damit doch die b. p. nicht auch.

2) Gai. II. 104. vgl. Cic. pro Caec. 26.

3) So lautet die alte Arrogationsformel (Gell. V. 19). uti tam **jure legeque** filius sibi siet, quam si ex eo . . . natus esset." — In fr. 1. §. 2. de rei vind. kommt der Ausdruck: **ex lege** Quiritium als gleichbedeutend vor mit ex **jure** Romano. — In fr. 1. §. 16. de fluminibus wird eine exceptio erwähnt, welche Labeo so gefaßt hat: extra quam si quid ita factum sit, uti **de lege** fieri licuit. — Wenn also v. Löhr a. a. O. den Ausdruck wenigstens zu Ciceros Zeiten für unmöglich hält, so müßte er doch noch vor Labeo aufgekommen sein! Mir scheint nichts natürlicher, als gerade für die ältere Zeit diese Bedeutung anzunehmen. Als das Zwölftafelgesetz noch die ausschließliche Grundlage des Röm. R. war, mußte eben ex lege gleichbedeutend sein mit ex jure civili; und wenn auch ein Rechtssatz nun nicht ausdrücklich in den 12 Taf. stand, sondern zur Interpretatio (fr. 2. §. 5. de orig. jur.) gehörte, so hatte er mittelbar doch auch ex lege Kraft, weil ihn die Römer als stillschweigend in den 12 Tafeln gebilligt ansahen. Z. B. Gai. I. 165.

heitsrecht die **obsignatio** aufgekommen sei. Und wenn wir jenen Grund des Theophilus über die erste Veranlassung des schriftlichen Testaments, nämlich die Verhütung der Lebensnachstellungen gelten lassen, so versteht sich ja ganz von selbst, daß man von Anfang an gewöhnt sein und besonders darauf achten mußte, daß die **obsignatio** nicht fehle. Denn diese ist keine Untersiegelung, sondern eine wahre Versiegelung, also sie allein ist das Mittel, um die Geheimhaltung des instituirten Erben, welche man gerade beabsichtigte, zu bewirken. Und überhaupt, wie ist es denkbar, daß man auch abgesehen von jenem Theophilischen Veranlassungsgrunde, also wenn man annimmt, es sei bloß aus Bequemlichkeit der Testatoren das schriftliche Testament aufgekommen, daß, sage ich, man es irgend jemals ohne die **obsignatio** habe zulassen können?

In dem Aufkommen des schriftlichen Testamentes liegt es, daß jetzt gerade ein Anderer als der **fam. emt.** zum **heres** ernannt werden konnte, daß ein Testament errichtet werden durfte, ohne daß die zur Errichtung desselben mitwirkenden Personen irgend etwas von dessen Inhalt erfuhren. Aber, das ist die einfache Frage, die sich hier aufdringt, wie wurde es denn nun eingerichtet, daß diese Personen, welchen bei der Errichtung das Testament bloß vorgewiesen worden war, dann später nach dem Tode des Testators, auch mit Sicherheit wiedererkennen konnten, es sei die von einem Erbprätendenten vorgebrachte Urkunde mit der, welche einst der Testator bei der **nuncupatio testamenti** in der Hand gehalten hatte, identisch? Und diese Recognition der Zeugen ist doch, damit ein Testament civilrechtlichen Erfolg haben könne, durchaus nothwendig. Man hätte dies dadurch zu erreichen vermocht, daß Einem der Zeugen das Testament bis zum Tode des Testators in Verwahrung gegeben worden wäre. Aber sicher war das doch nicht. Der Depositar konnte selbst ein solches Testament unterschieben, er konnte vor dem Testator sterben, und so war wieder der Beweis der Identität der Urkunde unmöglich.

Man hätte versuchen können, durch Vergleichung der Handschriften die Aechtheit des Testaments zu constatiren? Aber es brauchte ja gar nicht von der Hand des Testators geschrieben zu sein: oder wenn er es auch selbst geschrieben

hatte, so konnte die nach seinem Tode vorgebrachte Urkunde eine andere frühere oder spätere Schrift sein, welche dadurch daß sie von der Hand des Testators geschrieben war, noch keine Bedeutung hatte. Eine Urkunde bekommt erst durch die **nuncupatio** Testamentskraft, durch die Erklärung vor den nöthigen Personen, daß gerade dies der letzte Wille sei.

So muß also auch irgend ein Verfahren bestanden haben, wodurch die Vornahme der **nuncupatio** mit einer bestimmten Urkunde dauernd bestätigt wurde; aber man kann dasselbe, wenn man an den practischen Sinn der Römer denkt, nicht auf den bisher angegebenen Wegen suchen. Es läßt sich wohl mit positiver Bestimmtheit aussprechen, daß der erforderliche Identitätsbeweis bei den Römern, wo man nicht an eine Deposition im Gericht denken konnte, nur auf zweierlei Weise möglich war. Einmal dadurch daß den Zeugen wirklich der Inhalt vorgelesen worden wäre, (denn dann konnten sie durch Behalten der Dispositionen, später auch die Urkunde selbst wiedererkennen) oder, was noch bedeutend passender ist, dadurch daß die Zeugen sogleich bei der **nuncupatio testamenti** durch äußerlich an der Urkunde angebrachte Zeichen eine bleibende Kenntlichkeit derselben bewirkten. — Da wir bestimmt wissen, daß die erstere Regel bei den Römern nicht gegolten hat, so bleibt nichts übrig, als die Geltung der letzteren anzunehmen. Und zwar leuchtet es wie ich glaube nach dem Bisherigen ein, daß man eine von Anfang an ausnahmslose Geltung dieser Regel anzuerkennen habe. Wenn auch die Gültigkeit schriftlicher Testamente zugestanden wurde, so wußte doch ein Jeder daß diese Gültigkeit von der **familiae mancipatio** und der **nuncupatio testamenti** abhange. Diese zu constatiren, wählten nun einmal die Römer die ihnen am nächsten liegende **obsignatio**, weil man daran schon bei der Abfassung anderer als der Testamentsurkunden gewöhnt war. Aber hätten sie auch jede andere Form, die Urkunde zu bezeichnen gewählt, so läßt sich doch jedenfalls keine Zeit annehmen, wo man eine Urkunde ohne diese Form für ein gültiges Testament hätte halten können. Ich muß gestehen, daß die so vielfach

von Anderen[4]) wiederholte Behauptung Treckells (p. 164) — es sei die Sitte der **obsignatio** allerdings ganz unabhängig vom Prätor aufgekommen, aber doch nun wieder umgekehrt erst durch dessen Edict recht allgemein geworden — daß, sage ich, mir diese Behauptung eine reine Undenkbarkeit enthält. Es wird danach angenommen, es habe anfangs ein schriftliches Civiltestament gegeben, weches ohne **obsignatio** gültig gewesen sei. Dann muß doch ein anderes Mittel angewandt worden sein, um die Vornahme der **fam. vend.** und **nunc. test.** an der Urkunde zu perpetuiren? Und welches wäre denn dies Mittel gewesen?

Die Unmöglichkeit hierauf eine Antwort zu finden, zeigt die Unhaltbarkeit der ganzen Ansicht. Es muß von Anfang an eine unumgängliche Vorschrift gewesen sein, daß wer ein schriftliches Testament errichten wollte, es von den dabei mitwirkenden Personen besiegeln lassen mußte. Die Recognition dieser Siegel ist, wie wir aus **fr. 3. §. 9. de tab. exhib.** sehen, ein unter der Autorität des Prätors stehendes Verfahren; weil gerade von dieser Recognition die Gültigkeit des ganzen Civiltestamentes abhängt, so war es natürlich, daß man sie unter die Aufsicht des Magistrats stellte.

> **Exhibere autem apud Praetorem oportet, ut ex auctoritate ejus signatores admoniti veniant, ad recognoscenda signa; et si forte non obtemperent testes, Labeo scribit, coerceri eos a Praetore debere.**

Also schon Labeo erkennt die Zulässigkeit des Zwanges für das Erscheinen der Zeugen an. Wenn man ein anderes Mittel gehabt hätte, die Aechtheit zu constatiren, so würde man gewiß nicht so weit gegangen sein! Auch muß man hier nicht daran denken, daß dies Einmischen des Prätors mit der Ertheilung der **b. p.** zusammenhinge. Bei ihr verhält es sich gerade umgekehrt. Sie wird ertheilt ohne ein weiteres Recognitionsverfahren. Und so bleibt also nichts übrig, als dasselbe lediglich auf das Civiltestament zu beziehen. —

---

4) Dernburg S. 138.

Hiermit scheint es mir genugsam bewiesen zu sein, daß die obsignatio nicht etwas von der Willkühr der Testatoren abhängendes gewesen sei, welches auch hätte unterbleiben können, sondern daß es nie ein schriftliches Testament ohne dieselbe gegeben habe. Dies Resultat stimmt denn auch allein mit jenen Edictsworten überein. Wenn der Prätor von tabulae non minus multis signis signatae quam e lege oportet, spricht, so liegt doch darin klar genug, daß überhaupt die Besiegelung, nicht bloß die Zahl der Siegel, e lege als nothwendiges Erforderniß vorgeschrieben ist. (Sonst würde man zu dem Resultate kommen, ein ganz unbesiegeltes Testament sei gültig gewesen, eins mit sechs Siegeln dagegen ungültig; ähnlich wie schon Cicero des Verres Absicht darstellt).

So ist es denn erklärlich, daß Cicero die Personen, welche zur Errichtung eines Civiltestamentes erforderlich sind, kurzweg, ebenso wie das eben citirte Fragment, die obsignatores nennt [5]), so daß dies weniger ein bloß von Cicero herrührender, als ein Volksausdruck gewesen zu sein scheint. Hätte dieser Name wohl aufkommen können, wenn die obsignatio nicht etwas allgemein Vorgeschriebenes gewesen wäre?

Namentlich ist hier auch noch auf die lex Cornelia testamentaria Rücksicht zu nehmen, welche alle Verfälschungen der Testamente, wie uns deren von Cicero in der angeführten Stelle pro Cluent. beschrieben werden, mit der Strafe des falsum belegte [6]). Darunter werden auch die begriffen, welche ein solches Testament besiegelt haben. Es ist nicht der geringste Anhaltspunkt vorhanden, daß diese lex Cornelia erst die Besiegelung eingeführt habe, indem sie wie Huschke meint [7]), festgesetzt hätte „daß nur aus tabulis septem testium signis signatis eine b. p. gegeben werden solle“. [8]) Wir würden hier

---

5) pro Cluent. 13 u. 14. Außerdem erwähnt er die Obsignation des Testamentes pro Mil. c. 18. Vielleicht auch in Verr. II. 1. 19. §. 50. „quum obsignandi gratia venissem“.

6) Paulus rec. sent. IV. 7.

7) S. Note 1.

8) Huschke faßt die Sache deßhalb so, weil er wegen des Schweigens

einen Fall haben, daß durch eine **lex** eine **b. p.** eingeführt worden sei, was für diese Zeit wohl ebenso unwahrscheinlich ist, als die Ansicht von Fabricius, daß die **c. t. b. p.** durch eine Kaiserconstitution aufgestellt sei. Und überdem, wie soll denn der Prätor vor der **lex Corn.** die **sec. tab. b. p.** normirt gehabt haben? Und wie soll sich diese Annahme mit dem Zeugniß des Cicero vereinigen, der das Edict des Prätors über die **b. p.** als ein lediglich von Prätoren aufgestelltes, von Alters her (also doch gewiß über die **lex Cornelia** [9]) hinaus) unverändert bestehendes Institut darstellt?

Dagegen scheint mir die Annahme sehr viel näher liegend, daß wo in einem Gesetze ein Mißbrauch mit Strafe belegt wird, dieser Mißbrauch bereits öfter vorgekommen sei. Wenn also die **lex Cornelia** die Besiegelung falscher Testamente verbietet, so wird die Besiegelung der wahren schon lange die allgemeine Regel gewesen sein, gegen welche bereits häufige Betrügereien laut geworden sein mußten [10]). Alle anderen Gründe, welche für die Obsignation der Civiltestamente angeführt zu werden pflegen, will ich hier mit Treckells Worten (p. 164) zusammenfassen: **Augusti testamentum sine omni dubio omnia habuit juris civilis requisita; nam in eo et familiae emtor adfuit: (Sueton in vit. Ner. c. 4.) et tamen fuit obsignatum (Sueton in vit. Aug. c. ult. et Tiber. c. 23.) Quintilianus quoque (Decl. 308.), dum de testamento per aes et libram loquitur, et familiae emtoris et libripendis, et signatorum facit mentionem. Sic etiam in Senecae et Plinii scriptis obsignatio testamentorum saepissime occurrit: immo et in illis, ut et in veterum ICtorum scriptis, saepe signator et testis,**

---

von Gaius u. Ulpian die obsignatio nicht für ein Erforderniß des Civiltestaments hält. Davon soll gleich die Rede sein. Vielleicht meint auch v. Löhr (s. Note 1) dasselbe.

9) Ich wüßte keinen Grnnd, sie nicht von Sulla abzuleiten.

10) S. außerdem Treckell p. 168. der von dem Versuch, die obsignatio aus der l. Corn. abzuleiten, sagt: **Fateor, me ipsum aliquando in hasce incidisse cogitationes, sed nunc mihi illae, re accuratius pensitata, quam valde displiceant, dici non potest.**

testamentum signare et testem agere ut synonyma proferuntur. Praeterea si formam consideremus, quomodo testamenta ex lege Julia vicesimaria aperiri debebant, deprehendimus sine omni distinctione requiri, ut testes, qui testamentum signaverint, convenirent, iique signa sua agnoscerent, quae omnia luculenta satis praebent indicia, eo tempore omnia testamenta fuisse obsignata. (Paull. Rec. sent. V. 6.)[11])

Tandem et illud addendum est, tempore Neronis SC. factum fuisse, quo certa forma praescribebatur, quae in obsignatione omnium tabularum, adeoque etiam testamentorum esset observanda, ita ut aliter tabulae prolatae nihil momenti haberent. (Paull. Rec. sent. V. 25. §. 6. et Sueton. in vita Neron. c. 17.)

Bei diesem letzten Punkte muß ich noch etwas verweilen, weil neuerdings daraus abgeleitet ist, es sei dieses Senatusconsult die Ursache der Obsignation der Civiltestamente gewesen [12]). Wie dies aus den von Treckell und außerdem von Mayer angeführten Stellen hervorgehen solle, kann ich nicht einsehen. Und im Gegentheil sagt die citirte Stelle aus des **Paul. rec. sent.** deutlich genug, daß durch dies **SCtum** nur genauere Formalitäten der Signation angeordnet wurden [13]). Daher darf man auch nur annehmen, daß die Ungiltigkeit der Urkunde bloß wegen Unterlassung dieser Formalitäten neu vorgeschrieben ist, während die Urkunde, bei der die Obsigna-

---

11) Es fragt sich, ob der Inhalt des oben citirten fr. 3. §. 9. de tab. exh. aus dieser lex Julia abzuleiten sei?

12) Mayer Erbrecht I. S. 134. Im Grunde ist das schon die Ansicht von Treckell, welcher sagt: et hinc quoque sine omni dubio post hoc SC tum testamentum non signatum pro imperfecto fuit habitum. (fr. 6. pr. D. ad leg. Corn. de fals.)

13) Amplissimus ordo decrevit, eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur, atque impositum (impositae) supra linum cerae signa imprimantur, ut exteriores scripturae fidem interiori servent. Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent. — cf. fr. 22. §. 7. qui test. fac. poss.

tion ganz fehlte, auch schon vorher ohne alle Wirkung gewesen war.

Die ganze Ansicht zerschlägt sich wieder durch die ganz einfache Gegenfrage, wie denn vor diesem SC. die schriftlichen Testamente, die doch jedenfalls schon bestanden, hätten constatirt werden können?

Wir sind nunmehr auf dem Punkte angelangt, daß wir die letzten Gründe prüfen können, welche man dagegen anführt, daß das Civilrecht signa erfordert habe. Aus dem Bisherigen geht nämlich hervor, daß jedenfalls nach dem zuletzt besprochenen SC. eine Signation der Testamente, und zwar eine besonders förmliche, vorgeschrieben war, deren Nichtbeobachtung Ungültigkeit des Testamentes hervorbrachte. Also Beweisgründe aus der Zeit nach dem SC. sind schon von vorn herein gegen die hier vertheidigte Ansicht ohne Gewicht, wonach die Obsignation auch vor dem SC., so lange es überhaupt schriftliche Testamente gab, bestanden hat. Und in der That sind die Zeugnisse, wodurch man immer wieder von Neuem die obsignatio dem Prätorischen Recht vindiciren will, lediglich aus jener späteren Zeit, so daß sie durch die bloße Erwähnung des SC. ihre Beweiskraft verlieren.

Zuerst soll die obsignatio kein Erforderniß des Civilrechts sein, weil Gaius und Ulpian gleichmäßig nichts davon erwähnen [14]). Da wegen des SC. jedenfalls dies Schweigen nichts beweist, so muß es auch möglich sein, für dasselbe andere wahre Gründe aufzufinden; und darauf führen uns die in Note 12 abgedruckten Worte des Paulus. Die signatio war von jeher ein Erforderniß aller schriftlichen Rechtsgeschäfte, bei der Zeugen zugezogen werden mußten, gewesen [15]), und in diesem

14) Dernburg S. 131. Huschke Richtersche Jahrb. a. a. O. S. 23.

15) Die obige Ausführung, daß von Anfang an sich keine schriftlichen Testamente ohne obsignatio denkbar seien, paßt auch ebensogut auf alle anderen schriftlichen Rechtsgeschäfte, die vor Zeugen zu errichten waren. — (Diesen Erklärungsgrund giebt bereits Mayer a. a. O.

weitem Sinn ist auch das SC. zu verstehen, welches für die signatio noch besondere Förmlichkeiten anordnete. Wie sollte also Gaius und Ulpian dazu kommen, hier gerade bei den Testamenten von der obsignatio zu reden?

Ferner führt Dernburg noch zwei besondere Pandektenstellen an, aus der die Richtigkeit seiner Ansicht hervorgehen soll [16]), die aber nach dem Bisherigen wohl keiner weiteren Erörterung bedürfen, da schon der Beweis, zu dem sie dienen sollen, nur künstlich aus ihnen abgeleitet werden konnte. —

§. 28. Ich glaube in den beiden vorangehenden §§ die zwei über das civilrechtliche Testament aufgeworfenen Fragen festgestellt zu haben. Es gab einestheils auch mündliche Testamente, und die schriftlichen, welche bald in den vorherrschenden Gebrauch kamen, waren von Anfang an der obsignatio der bei ihrer Errichtung mitwirkenden Solennitätspersonen unterworfen. — Ob nun aber die weiteren Regeln, welche in den fr. 22 u. 30. qui test. fac. poss. über die obsignatio enthalten sind, von jeher festgestanden haben, wage ich nicht zu entscheiden. Auch kommt darauf wenig an, denn wenn man auch die Rechtsansicht allgemein anerkannte, daß jede publici privatique contractus scriptura von den Zeugen zu besiegeln sei, so konnte dabei doch die Sitte in der Form der Besiegelung, und der etwaigen Beischreibung des Namens vielfach sich verändern, ohne daß dadurch das Wesen der Sache eine andere Gestalt angenommen hätte [1]).

Wichtiger ist die Frage, ob auch alle beim Civiltestament

---

an.) So kommen in fr 32. §. 1. de furtis: „testes et (d. h. „und zwar") signatores vor.

16) fr. 23. qui test. fac. poss. — fr. 9. de b. p. s. t.

1) So nehmen in den angeführten Stellen Ulpian und Paulus bereits an, daß Besiegelung ohne Beischreibung des Namens und umgekehrt das Testament ungiltig mache. Von jenem SC. dies abzuleiten, scheint mir nicht passend. Es liegt so nahe, daß wo man sein Siegel abdruckt, man auch seinen Namen beischreiben werde. Daß die Institutionen (§. 3. de test. ord.) von sacrae constitutiones sprechen, läßt sich leicht erklären. S. Dernburg S. 320 ff.

zugezogenen Solennitätspersonen dasselbe besiegelt hätten. Es bildet dieselbe den unmittelbaren Uebergang zur Erörterung des Prätorischen Testamentsrechtes. Da, wie oben nachgewiesen ist, beim schriftlichen Testament der **familiae emtor** nur noch eine Scheinperson gewesen sein kann, so stand nichts entgegen, ihn wenigstens in Beziehung auf die **obsignatio** mit den **testes** und dem **libripens**, (**qui testium numero est** [2])) gleichzustellen. Die Unterschiede, welche sich zwischen dem **familiae emtor** und den **testes** finden, schreiben sich alle aus der Zeit her, wo die **fam. manc.** noch kein bloßes Scheingeschäft war. Seitdem sie dies geworden war, dachten freilich die Römer nicht daran, auch jene Unterschiede fallen zu lassen, aber von der anderen Seite wäre es thörigt gewesen, jetzt noch immer diese Unterschiede zu vermehren. — Auch geht es ziemlich deutlich aus Cicero hervor, daß alle diese sieben Personen das Testament besiegelten. Er nennt sie die **obsignatores**, und er will doch offenbar damit alle Personen bezeichnen, welche bei der Errichtung des Testamentes mitwirken [3]). Mag nun aber die Zahl der Besiegelnden gewesen sein, welche sie wolle, so steht es durch die Edictsworte fest, daß der Prätor zu seiner **sec. tab. b. p.** gerade so viel Siegel erforderte, als nach dem Civilrechte nöthig waren (**non minus multis signis quam e lege oporteat**), und das ist der eigentlich für uns wichtige Punkt, indem daraus unzweifelhaft hervorgeht, daß der Prätor, weit entfernt eine neue Testamentsform einzuführen, eine Klasse aufgestellt habe, welche mit den civilrechtlichen Grundsätzen der testamentarischen Succession wesentlich übereingestimmt haben muß [4]). —

---

2) **Gai. II. 107.**

3) Hiedurch wiederlegt sich das Bedenken Huschke's daß der **familiae emtor** nicht mit besiegelt haben könne. Richtersche Jahrb. a. a. O. S. 23. u. das **Instr. donat. Flav. Syntr. p. 52.**

4) Indem wir so sehen, daß der Prätor bloß die Siegelzahl des Civilrechts anerkannte, gewinnen wir nun auch wieder einen neuen Beweis dafür, daß das Civilrecht 7 Siegel erforderte, denn im Prätorischen ist gerade immer von dieser Zahl die Rede.

Uebrigens erheben sich hier noch wieder Zweifel, ob auch wirklich

Zu diesem selben Resultat gelangen wir übrigens auch noch durch andere Beweise.

Gaius und Ulpian reden beide nur von einer einzigen Art des zu ihrer Zeit gültigen Testamentes, nämlich vom Mancipationstestamente:

> **hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Gai. II. 103. — Ulp. XX. 2. hodie solum in usu est, quod per aes et libram fit. —**

Wenn dabei noch Zweifel bestehen könnten, daß es dennoch ein eigenes Prätorisches Testament gebe [5]), so müssen diese völlig durch die Art verschwinden, wie Gaius und Ulpian nun in der That von dem sprechen, was man das Prätorische Testament nennt. **Non tamen**, so beginnt Gaius **II. 17.** diesen Gegenstand, **per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non jura facta sunt, vel jure facta postea irrita facta, aut rupta sunt.** Unter dem Ausdrucke: **non jure factum testamentum** versteht er das, was man heutzutage das Prätorische Testament heißt, und schon darin liegt, daß hier nicht von einer Urkunde die Rede sein könne, die der Prätor für ein vollkommen gültiges Testament hätte

---

diese 7 Siegel die 5 Zeugen, den **libripens**, und den **familiae emtor** repräsentiren, indem wir außerdem noch die räthselhafte Person des **antestatus** finden, so daß man entweder acht Siegel annehmen müßte, (und davon ist doch nirgends die Rede) oder den **familiae emtor** als nicht siegelnd zu denken hätte; was doch wieder schon nach dem oben (zu Note 2.) Gesagten nicht wahrscheinlich ist.

Meine Ansicht über den **antestatus** hier auseinander zu setzen, würde mich zu weit führen, wodurch denn aber freilich diese Schwierigkeiten vielleicht gelöst werden könnten.

5) Man hat gewöhnlich jene Stellen für nicht widersprechend angesehen, indem, sagte man, in ihnen bloß vom Civilrecht die Rede hätte sein sollen. — Aber konnten jene Juristen so undeutlich sein wollen, eine neue Testamentsform, weil sie vom Prätor ausgegangen war, nicht zu erwähnen? Sie wollten doch ihr damaliges Recht, und nicht bloß ihr Civilrecht darstellen. — Fabricius macht schon die Bemerkung, daß in den Pandekten nirgends der Ausdruck **praetorium testamentum**, oder **praetorio jure testari** vorkomme (S. 121.).

gelten lassen. Jedenfalls aber geht dies daraus hervor, daß er das non jure factum testamentum auf ganz gleiche Stufe mit zwei anderen vitiösen Testamenten stellt, bei denen Niemand an eine eigene neue Testamentsart denkt. Der Schutz, den der Prätor allen dreien zu Theil werden läßt, ist ganz von derselben Art, und der Character einer Ausnahme von der Regel des Civilrechts, welche der Prätor nichts destoweniger dabei anerkennt, ist gar nicht zu verkennen. Denn wenn er den Satz aufstellt, daß jene vitiösen Testamente „**non per omnia inutilia**" seien, also in gewissen Fällen Wirkung haben sollten, so folgt doch daraus, daß er, abgesehen von diesen Fällen, sie noch immer für ungiltige Testamente anerkennt, daß daher noch zu Gaius Zeit, also schon nach der Perpetuation des Edictes durch Hadrian, Niemand daran dachte hierin eine neue Testamentsform zu finden.

Ueberhaupt muß man, wenn man in der Römischen Rechtsgeschichte auf sicherem Wege wandeln will, folgenden Satz nie aus den Augen verlieren: Wenn auch in einzelnen Fällen der Prätor dem Civilrecht entgegentreten darf, so bleibt es doch immer die Regel, daß er ganz dem **jus civile** gemäß seine Jurisdiction einzurichten hat. Dies Letztere müssen wir stets präsumiren, jenes Erstere dürfen wir nur in Folge eines entscheidenden Beweises annehmen. Es muß also wenigstens anfangs der Prätor die Regeln des Civilrechts, wonach in gewissen Fällen eine völlige Ungültigkeit des Testamentes angenommen wurde, durchaus haben gelten lassen; von diesem Anfange sprechen wir gerade hier, und so ist denn (abgesehen von den einzelnen später zu erwähnenden Ausnahmen, welche auch nie die Regel selbst vernichtet haben) als das Grundprincip aufzustellen:

> daß der Prätor in der b. p. sec tab. eine **nicht dem Civilrecht entgegenstrebende, sondern rein auf die civilrechtlichen Grundsätze über Gültigkeit der Testamente gebaute testamentarische Succession aufgestellt habe** [6].

---

6) **M. a. W. die sec. tab. b. p. ist eine confirmandi jur. civ.**

In diesem Principe liegt offenbar Folgendes:

a) Der Prätor konnte unmöglich im Sinne haben, nur dem **scriptus heres** die **b. p. sec. tab.** zu verleihen, welcher bewiese, daß das Testament ein nach allen Seiten hin vollkommen gültiges sei. Einestheils würde Niemand sich die Unbequemlichkeit haben auflegen wollen, diesem Verlangen nachzukommen. Anderntheils aber würde ein solches langwieriges Beweisverfahren schlecht zu dem ganzen Plane gepaßt haben, welchen wir oben als den Einführungsgrund der **b. p.** darstellten. Also: der Prätor mußte bei der Ertheilung der **b. p. sec. tab.** nur auf einige Haupterfordernisse des Mancipationstestamentes sehen. Wenn diese nun vorhanden waren, so mußte er präsumiren, es sei ein vollkommen gültiges Civiltestament, und diese Präsumtion, in Folge deren also der **scriptus** sogleich in den Besitz des Vermögens kam, mußte in den meisten Fällen sich als richtig bewähren, da fehlerhafte Testamente doch immer nur zu den Ausnahmen gehören.

b) Indem aber die ganze Ertheilung der **b. p. sec. tab.** auf einer Wahrscheinlichkeitsrechnung ruhte, so mußte auch, wenn diese letztere nicht glückte, also wenn nach der Ertheilung der **b. p.** ein Fehler des Testamentes zum Vorschein kam, die **b. p.** von selbst zusammenfallen. Denn der Prätor hatte sie nur dem in einem völlig gültigen Mancipationstestamente Instituirten ertheilen wollen, wovon er sich nur wegen der unter a) angegebenen Gründe nicht gleich bei der Ertheilung der **b. p.** Gewißheit verschaffen konnte. Er überließ es also, was offenbar das Einfachste war, der Zeit, ob sie die Richtigkeit seines Wahrscheinlichkeitsbeweises bestätigen oder die Unrichtigkeit desselben an den Tag bringen werde.

In diesen zwei Sätzen ruht der Kern der ganzen **sec. tab. b. p.**, wie ich in meiner **historia b. p. sec. tab.** [7]) weiter ausgeführt habe. Wenn es auch nicht meine Absicht

---

gratia proponirte Klasse; wie dies ausdrücklich im §. 1. J. de b. p. gesagt wird.

7) p. 9 — 24.

sein kann, die ganze dort gegebene Argumentation hier zu wiederholen, so müssen doch um des Zusammenhanges willen die wesentlichsten Punkte hervorgehoben werden.

ad a. Der Prätor erforderte anfangs nur (wie wir aus den Ciceronischen Edictsworten sehen) die Vorzeigung einer Urkunde (**tabulae**), welche mit den vom Civilrecht geforderten **signa** versehen war. Also er ließ sich nur die äußere Gestalt des Mancipationstestamentes darthun; und präsumirte daraus auf dessen innere Gültigkeit.

Ich glaube in der angeführten Abhandlung nachgewiesen zu haben, daß indeß dieser Beweis der bloß äußeren Erfordernisse mit der Zeit nicht mehr genügte, sondern daß zwischen Cicero und Gaius noch ein zweiter Beweis hinzukam, der ebenfalls noch vor Ertheilung der **b. p.** zu leisten war. Es mußte nämlich noch dargethan werden, daß der Testator als **civis Romanus** und **suae potestatis** gestorben war [8]).

Dieser Zusatz ist folgendermaßen zu erklären: Sobald eine Urkunde die äußere Gestalt eines Testamentes hat, so kann man daraus an und für sich noch nicht mit Sicherheit präsumiren, daß es auch an keinem inneren Mangel leiden werde. Aber hier muß nicht auf einen einzelnen Fall, sondern auf das ganze Rechtsleben eines Volkes Rücksicht genommen werden; und dabei stellt sich folgendes Resultat heraus. Wenn man alle Testamente, (d. h. alle Urkunden, die äußerlich die Gestalt von Testamenten hatten) [9]), soviel ihrer in einem bestimmten Zeitraum in Rom errichtet wurden, zusammennahm, so konnte man sicher sein, daß die Mehrzahl davon völlig gültig war. Der Prätor nahm gerade auf die Gesammtheit aller Testamente Rücksicht, und versprach daraus die **b. p.** zu ertheilen, sobald sie nur die äußere Gestalt eines gültigen Testamentes hätten.

---

8) Gai. II. 147. Ulp. XXIII. 6. fr. 2. §. 3. unde legit. — cf. Meine Historia b. p. s. t. p. 12 — 15.

9) fr. 2. §. 1. test. quemadm. aper. — Testamentum proprie illud dicitur, quod jure perfectum est. Sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae vel falsa sunt, vel injusta, vel irrita, vel rupta. Itemque imperfecta solemus testamenta dicere.

In den meisten Fällen also muß seine Vermuthung eingetroffen sein, mithin derjenige den Besitz erhalten haben, den gerade der Prätor allein berufen wollte, nämlich der Civil-Testamentserbe. Und dies war dann doch auf eine äußerst bequeme und einfache Weise durch einen leicht zu erbringenden Beweis erreicht worden.

Aber es müssen, wenn auch im Verhältniß zum Ganzen in der Minderzahl, dennoch nicht selten die Fälle vorgekommen sein, wo nach Ertheilung der b. p. ein Fehler des Testamentes zu Tage kam. Jedenfalls mußte die b. p. dadurch wirkungslos werden, aber es lag doch auch im Interesse des Prätors, namentlich in der Zeit zwischen Cicero und Gaius, wo die b. p. ein ausgebildetes System geworden war, — die Fälle zu vermindern, in denen die einmal ertheilte b. p. wieder wegfiel; m. a. W. sich vor Ertheilung der b. p. das Nichtvorhandensein eines Infirmationsgrundes beweisen zu lassen. Freilich konnte der Prätor, wie schon oben bemerkt ist, nie daran denken, auf diese Weise alle Infirmationsgründe zu entfernen. Die Schwierigkeit des Beweises würde die ganze Tendenz der b. p. vernichtet haben.

Dagegen konnte der Prätor leicht noch einzelne Punkte auswählen, bei denen die Negative sich unschwer durch das umgekehrte Positive beweisen ließ. Das ist gerade der Fall bei jenem Beweise, den der Prätor in der Folgezeit noch forderte (s. Note 8.), daß nämlich der **testator** als **civis Romanus** und **suae potestatis** gestorben sei. Dadurch waren die Hauptfälle des später eingetretenen Mangels der **testamentifactio** ausgeschlossen. — Weßhalb nun gerade der Prätor diesen Fall ausgewählt habe, ließe sich etwa dadurch erklären, daß dieser am meisten vorgekommen sein werde, daß er also damit die meisten Fälle, in denen bisher die b. p. wieder ungültig geworden war, aufheben wollte. Und in der That läßt sich dies auch sehr wohl denken. Bei der Errichtung eines Testamentes lag es ganz in der Macht des Testators die vorgeschriebenen Formen gehörig zu beobachten, seine Notherben gehörig zu berücksichtigen; dagegen wird also auch selten der gefehlt haben, dem es daran lag, ein gültiges Testament zu errichten. Indessen mogte es öfters vorkommen, daß aus einem

Testamente, welches Jemand vor dem Verlust der Civität oder vor seiner Arrogation gemacht hatte, noch eine b. p. sec. tab. nachgesucht wurde, während doch durch jene cap. dim. das Testament ganz vernichtet worden war. Dem wollte also jetzt der Prätor vorbauen. Er ließ sich darthun, daß der Testator, von dem ein Testament vorgebracht wurde, die Hauptbedingungen der testamentifactio wenigstens bei seinem Tode gehabt habe, indem sich nun auch leicht vermuthen ließ, daß überhaupt keine Unterbrechung derselben seit der Testamentserrichtung statt gefunden habe.

Wenn sich auf diese Weise der Prätorische Zusatz sehr einfach aus der Häufigkeit der vorkommenden Fälle erklärt, so läßt sich für denselben noch ein anderer tieferer Erklärungsgrund auffinden, den ich in meiner angeführten Historia b. p. s. t. entwickelt habe [10]). Durch Rücksichtnahme auf die übrigen Infirmationsgründe der Testamente und durch Beachtung der Umstände, unter denen in diesen Zeiten die b. p. sec. tab. ertheilt wurde, läßt sich nämlich zeigen, daß gerade dies der einzige Punkt ist, bei dem der Prätor keinen Anhalt dafür hatte, ob das Testament gültig sei oder nicht. Indem er jetzt noch diesen Beweis forderte, so war eine völlig begründete Wahrscheinlichkeit vorhanden, daß das Testament, dem zu Gunsten die b. p. ertheilt wurde, ein durchaus gültiges Civiltestament sei, daß also nur ganz ausnahmsweise die agnoscirte b. p. wegen des Bekanntwerdens eines Infirmationsgrundes, wieder hinwegfallen mußte.

§. 29. ad. b. — Wenn wir aus dem Bisherigen sehen, wie der Prätor, ganz und gar die Grundsätze des Mancipationstestamentes anerkennend, nur einen leicht zu erbringenden Beweis erforderte, wodurch es in den meisten Fällen erreicht wurde, daß der wahre scriptus heres die b. p. erhielt, — so liegt darin auch nothwendig, daß dieser b. p. ihre wesentlichste Voraussetzung entzogen wurde, sobald es sich herausstellte, daß das Testament ungiltig sei.

---

10) p. 19 — 21.

Es folgt dieses Zweite ganz von selbst aus dem Ersten, und deßhalb ist es so auffallend, daß die Schriftsteller, welche den ersten Satz vollkommen richtig anerkannt hatten [1]), doch die Folgerung daraus zu ziehen unterlassen haben.

Es stimmt dieselbe auch ganz mit dem obigen Principe überein, daß man nämlich, wo man nicht Ausnahmen nachweisen kann, zu präsumiren habe, der Prätor befolge stets die Regeln des **jus civile**. So mußte er denn auch hier, weil er gar nicht ein neues Testament einführen wollte, die **sec. tab. b. p.** ganz nach der testamentarischen Erbfolge des Civilrechts einrichten. Es mußte ganz dasselbe Verhältniß sein, als wenn heutzutage, wie so vielfach im Proceß geschieht, dem Richter bloß etwas bescheinigt, statt völlig bewiesen zu werden braucht. Die Bescheinigung schließt es nicht aus, daß in Wahrheit das Gegentheil vorhanden sei [2]). Liegt nun bereits dies Gegentheil klar vor Augen, so nimmt der Richter gar nicht das vor, was sonst durch jene Bescheinigung erlangt werden könnte. Oder wenn sich erst später ihre Unrichtigkeit herausstellt, so fällt dann auch von selbst die Verfügung hinweg, welche der Richter bereits ertheilt hatte. So auch hier.

Der Prätor läßt sich, durch den Beweis einzelner Punkte, bescheinigen, daß das Ganze ein gültiges Mancipationstestament sei, aber wenn ein vernichtender Fehler zu Tage kam, so wurde dann entweder gar keine **b. p.** ertheilt, oder die bereits ertheilte fiel ganz von selbst wieder hinweg, und es wurde, weil nun kein Testament vorhanden war, die Intestaterbfolge eröffnet.

Man möchte hier einwenden, daß doch die **b. p. sec. tab.** ebenso wie noch viele andere Klassen, ohne eine **causae**

---

1) S. Treckell l. c. p. 158 ff. Dernburg S. 213 ff. Fabricius S. 121 ff., welcher auch bezeugt, daß Savigny schon 1819 in seinen Vorträgen wesentlich dasselbe angenommen habe, wonach also das in der Zeitschr. f. gesch. R. W. I. 78. Gesagte zu beurtheilen ist.

2) Z. B. die Bescheinigung über die Nothwendigkeit einer **probatio in perpetuam rei memoriam**.

cognitio ertheilt würden; während hier dergleichen vorausgesetzt werde, indem der Prätor keineswegs bloß auf die im Edicte geforderten Requisite, sondern auch auf die von anderen Seite ihm bekannt gewordenen Mängel des Testamentes Rücksicht genommen, und in Folge deren die b. p. verweigert habe. Im Allgemeinen kann und will ich freilich diese Ertheilung der b. p. ohne **causae cognitio** nicht läugnen, aber ich glaube allerdings dies sei nur so zu verstehen, daß der Prätor, wenn ihm ein Testament mit 7 Siegeln vorgewiesen wurde, nicht selbst nach allen weiteren Erfordernissen desselben forschte, wohl aber daß er, wenn ihm auf irgend eine Weise ein Mangel aufstieß, über die Unzulässigkeit der Ertheilung sogleich entschied [3]). Wir werden hievon im Verlauf der Darstellung auch bei anderen Klassen Beispiele finden, hier haben wir nur auf die **sec. tab.** Rücksicht zu nehmen.

Wenn eine b. p. aus einem Testamente ertheilt worden war, und es wurde dann ein späteres Testament vorgebracht, so fiel, weil jenes Erstere rumpirt war, die b. p. ganz unzweifelhaft hinweg [4]). Wir haben also hier schon einen Fall, wo der Prätor ein Requisit anerkennt, welches ihm doch nicht gleich beim Nachsuchen der Partei bewiesen zu werden brauchte. Es sollten **supremae tabulae** sein, aber das heißt nur soviel, daß wenn nach Ertheilung der b. p. erhellt, daß es nicht **supremae** seien, dann die b. p. als gar nicht ertheilt angesehen wird.

Dieser Begriff der durchaus vernichteten b. p. muß im Römischen Rechte sehr häufig vorgekommen sein, und kann

---

3) Daß der Prätor bei Ertheilung der b. p. keineswegs sich bloß an bestimmte genau vorgeschriebene Beweispunkte hielt, sondern, um überhaupt die Erbschaftsangelegenheiten so gut wie möglich zu reguliren, auch auf Alles, was ihm sonst bekannt war, Rücksicht nahm, dafür mag hier beispielweise das fr. 7. pr. de b. p. angeführt werden. **Servus ad b. p. admitti potest, s i P r a e t o r d e c o n d i t i o n e e j u s c e r t u s s i t. Nam et absenti . . . . b. p. dari potest, s i h o c i p s u m P r a e t o r n o n i g n o r e t.**

4) **fr. 1. §. 1. de b. p. s. t. — Non autem omnes tabulas Praetor sequitur hac parte edicti, sed supremas, hoc est eas, quae novissime ita factae sunt, ut post eas nullae factae sint.**

nicht genug von der b. p. sine re unterschieden werden, welche später erklärt werden wird [5]). Die Römer drücken das hier besprochene Verhätniß mit den Worten aus: **data non intelligitur, ad irritum recidit, sine effectu est** [6]), indessen finden sich diese Ausdrücke in den Pandekten nur sehr selten, weil die Römischen Juristen gewöhnt waren, alle diese Fälle gleich so zu bezeichnen, als könne in denselben gar keine b. p. nachgesucht werden. Sie sagten: **b. p. peti non potest,** oder: **non admittenda est;** und diese Ausdrücke finden sich in den Pandekten unendlich oft. Es ist von großer Wichtigkeit, festzustellen, daß sie mit jenen ersteren selten gebrauchten durchaus dieselbe Bedeutung verbinden.

Man könnte nämlich glauben, daß wenn die Römischen Juristen von einem gewissen Falle sagen: **b. p. peti non potest,** hier gerade bei der Nachsuchung der b. p. das Nichtvorhandensein dieses Falles dargethan werden mußte, so daß also dieser Beweis die Bedingung der Ertheilung der b. p. gewesen wäre. Daß dem aber nicht so sei, kann gleich aus den vielen Stellen des Titels **de sec. tab. b. p.** bewiesen werden, in denen dieser Ausdruck vorkommt. Es ist oben gezeigt, daß die Bedingungen der b. p. sec. tab. bloß der Beweis der 7 Siegel, der Civität und der Selbständigkeit des Testators zur Zeit seines Todes waren [7]). Also wer diesen Beweis lieferte, erhielt die b. p.; er brauchte z. B. nicht zu beweisen, daß der Testator auch zur Zeit der Testamentserrichtung in je-

5) Schon v. Löhr hebt diesen Punkt, der für das Verständniß der b. p. von so bedeutender Wichtigkeit ist, gebührend hervor. S. dessen Magazin f. R. W. u. Gesetzgebung III. S. 284 ff.

6) Vgl. fr. 16. §. 1. de inoff. test. fr. 19. de b. p. c. t. fr. 42. §. 2. de bon. libert.

7) S. § 28. Note 6. — In den dort citirten Stellen kommt auch die Redensart non potest peti vor, und ist in dem ganz strengen Sinne der Worte zu nehmen. Aber ebensowenig wie dies nicht geläugnet werden kann, läßt sich auch der minder strenge Gebrauch derselben wegräumen, wenn man nicht in unauflösliche Widersprüche gerathen will. Wir müssen daher sagen, daß aus den Worten non potest peti an und für sich noch nichts, weder für die strengere noch die laxere Wortbedeutung entnommen werden kann.

der Hinsicht die testamentifactio gehabt hatte. Dennoch sagt fr. 1. §. 8. de b. p. sec. tab.:

> Exigit Praetor, ut is, cujus b. p. datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, et quum facit testamentum, et quum moritur. Proinde si impubes, vel furiosus, vel quis alius ex his, qui testamentum facere non possunt, testamentum fecerit, deinde habens testamenti factionem decesserit, peti b. p. non poterit. Sed et si filiusfamilias, putans se patremfamilias, testamentum fecerit, deinde mortis tempore paterfamilias inveniatur, non potest b. p. sec. tab. peti.

Also während Gaius II. 147. und Ulpian XXIII. 6. klar sagen, es müsse nur bewiesen werden, daß mortis tempore der Testator sui juris gewesen, wird hier vorausgesetzt, daß auch zur Zeit der Testamentserrichtung vollständige testamentifactio vorhanden gewesen sei. Dies führt uns nothwendig darauf, daß hier nicht von solchen Requisiten die Rede sei, welche gleich bei deren Agnoscirung hätten bewiesen werden müssen. Es waren freilich auch Requisite der sec. tab. b. p. die aber unter anderen Beweisregeln standen. Das onus probandi lag hier denen ob, welche ein Interesse hatten, daß keine b. p. aus dem Testamente gegeben werde. Der welcher sie erbat, hatte seiner Pflicht genügt, wenn er die drei status libertatis, civitatis und familiae, so wie die äußere Testamentsform erwiesen hatte. Daraus wurde präsumirt, der Testator habe auch bei der Testamentserrichtung die testamentifactio gehabt, was um so zulässiger war, da die vielen beim Testamente zuzuziehenden Personen sogleich bei der Errichtung die Fähigkeit des Testators ins Auge gefaßt haben werden [8]). Es läßt sich nicht denken, daß die 5 Zeugen, der libripens, und der familiae emtor eingewilligt hätten dies Testamentsgeschäft vorzunehmen, wenn sie wußten, daß der Testator mutus, surdus, furiosus, impubes oder

---

8) S. meine historia etc. p. 20. unten.

filiusfamilias sei; **weil sie ja vorhersahen, daß das Geschäft** durchaus ungültig sei. Der Fälle also, wo trotz des Mangels der testamentifactio ein Testament errichtet worden war, können überhaupt nur sehr wenige vorgekommen sein, und so wäre es um solcher Ausnahmsfälle thörigt vom Prätor gewesen, noch einen besonderen Beweis vom Agnoscirenden zu verlangen. Er überließ es denen, welche derartige Ungültigkeitsgründe kannten, sie ihm anzuzeigen, und er konnte wegen des Interesses so vieler Personen, denen ein sec. tab. bon. possessor im Wege steht, sicher sein, daß wo ein Vernichtungsgrund des Testamentes vorhanden war, dieser ihm auch nicht werde verheimlicht werden. So müssen wir also zwei Klassen von Beweisen unterscheiden, welche sich auf die b. p. sec. tab. beziehen. Wir können die Einen die bedingenden, die Anderen die vernichtenden nennen. Jene liegen dem Agnoscirenden ob, diese dagegen denen, welche ein Interesse haben, die sec. tab. b. p. hinwegzuräumen. Jene bestehen bloß in den drei Punkten: 1) tabulas septem signis signatas esse, testatorem mortis tempore 2) civem Romanum et 3) suae potestatis fuisse. Diese dagegen können sehr verschieden sein, und es werden uns davon mehrere in unseren Quellen mit dem Ausdrucke b. p. peti non potest angegeben, ohne daß dabei eine gänzliche Vollständigkeit bezweckt wäre. Folgende Fälle, die hieher gerechnet werden könnten, finden sich abgesehen von dem fr. 1. §. 8. cit. in dem Titel de sec. tab. b. p., aus denen allen sogleich hervorleuchtet, daß es die Regeln des Civilrechts über testamentarische Erbfolge sind:

1) Wenn es nicht supremae tabulae sind. fr. 1. §. 1.

2) Wenn die vorgebrachte Urkunde nur das exemplum eines Testamentes ist. fr. 1. §. 7.

3) Wenn der Testator selbst das Band des Testamentes zerschnitten hat. fr. 1. §. 10. — [9]).

---

9) Hier entstehen Zweifel, ob nicht, wenn ein solches Testament mit zerschnittenen Bändern vorgebracht wurde, gleich bewiesen werden mußte, daß der Testator es nicht gethan habe. Im citirten fr.

4) Wenn der Name des heres ins Testament eingefälscht ist, ebensogut wie wenn der Testator Jemanden geschrieben hat, den er nicht zum heres haben wollte. fr. 2. §. 7. fr. 6. in f. (vgl. fr. 9. pr. de her. inst.) —

5) Wenn der Name des Erben mit Willen des Erblassers ausgestrichen ist, so kann in Folge dessen keine b. p. ertheilt werden, ebensogut wie eine hereditatis aditio dadurch unmöglich gemacht wird. Auch hier erhebt sich dasselbe Bedenken, wie bei № 3. Es ist doch nichts anders denkbar, als daß der Prätor in dem ihm vorgebrachten Testamente erst nachsah, ob sich darin auch der Name des Vorbringenden finde [10]). Und ebensogut wie er gewiß nie die b. p. ertheilte, wenn er

---

heißt es nämlich non videntur signatae, et ideo b. p. peti non potest. Ulpian stellt dies also unter den allgemeinen Begriff des Signirtseins, und das war ein bedingender Beweis. Wenn dies richtig ist, so wird dadurch das Obige sehr bestärkt, wonach das Erforderniß der 7 Siegel überhaupt die äußere Gestalt des Mancipationstestamentes bedeute.

Daß hier in der That von einem bedingenden Beweise die Rede ist, scheint auch aus dem folgenden § hervorzugehen, wo noch von ähnlichen äußeren Mängeln die Rede ist, und Ulpian einen Beweis des Vorbringenden voraussetzt (maxime si proponas, vel unum linum tenere). — Daraus geht auch hervor, daß in solchen Fällen der Vorzeigung gleich eine causae cognitio erfolgen mußte.

10) Ich glaube nicht, daß dem das fr. 1. §. 2. de b. p. sec. tab. „nec enim opus est, aperire eas, ut b. p. sec. agnoscatur“ — entgegenstehe. Es wird davon gehandelt, ob, wenn die tabulae vorhanden, aber nicht gleich zu bekommen sind, eine b. p. agnoscirt werden könne. Es wird dies bejaht, also die Vorschrift des proferre wird nur so verstanden, daß der Beweis des exstare zu liefern sei. Dies wird damit begründet, daß doch das „aperire“ kein nothwendiges Erforderniß sei. Aber darin liegt nicht, daß wenn die tabulae wirklich vorgebracht wurden, man sie nicht auch eröffnete. Gewiß mußte doch der, welcher kein Testament vorbrachte, sondern nur das exstare darthat, auch beweisen, daß er darin eingesetzt sei, sonst hätten ja Hunderte und Tausende die b. p. agnosciren können. An die Stelle dieses Beweises trat im gewöhnlichen Falle, wenn nämlich die tabulae vorgebracht wurden, die Eröffnung und das Lesen von Seiten des Prätors.

gar keinen Namen im Testamente fand (fr. 11. de inj. rupt. test.), so kann er dies ebensowenig gethan haben, wo der Name des scriptus durchgestrichen war, oder, um es allgemein zu sagen, wo der Testator etwas von den Erfordernissen versäumt hat, die das Civilrecht über den Ausdruck der Erbeseinsetzung aufstellt. Es scheint mir kein Zweifel möglich, daß wirklich dies ein Gegenstand der Untersuchung vor Ertheitheilung der b. p. gewesen sei, wegen des fr. 12. de b. p. s. t., wo Paulus sagt:

> Ut scriptus heres agnoscere possit bon. poss., exigendum puto, ut et demonstratus sit propria demonstratione [11], et portio adscripta ei inveniri possit, licet sine parte institutus sit. . . . . Quodsi ita heres scriptus sit, ut interim excludatur testamento, eo quod non invenitur portio ex qua institutus est, nec bonorum possessionem petere potest.

Hier wird ganz dasselbe zuerst positiv, dann negativ ausgedrückt [12]) und gerade jene positive Ausdrucksweise ut agnoscere possit, exigendum puto) zeigt, daß hier von wahren Bedingungen der b. p. die Rede ist. Und überdem ist es auch schon von vorn herein nicht anders denkbar, als daß der Prätor das vorgebrachte Testament sogleich gelesen haben muß, also auch gleich auf die Punkte Rücksicht nahm, welche ihm schon beim ersten Durchlesen das Gesuch des Producenten als unzulässig erscheinen ließen.

§. 30. Aus dem vorigen § können wir folgenden Schluß ziehen:

1) Der Prätor forderte im Allgemeinen als bedingende Beweise nur jene drei Punkte, die signatio, die Civität und Selbständigkeit des Sterbenden.

2) Er untersuchte aber in gewisser Weise gleich den In-

---

11) D. h. daß man wirklich erkennen kann, wen der Testator gemeint hat. Denn im Uebrigen schadet eine falsche demonstratio ebensowenig wie im Civilrecht. fr. 8. §. 2. h. t.

12) Ebenso wie bei Gai. II. 147.

halt des Testamentes, um zu sehen, ob sich nach den civilrechtlichen Regeln eine Institution des Producenten darin finde. Einen bedingenden Beweis kann man dies nicht nennen, da der Producent selbst dabei gar keine Thätigkeit äußert, aber dennoch ist diese Untersuchung wahre Bedingung der Ertheilung der b. p.

3) Wenn es sich dabei ergab, daß allerdings die äußeren Erfordernisse des Testaments so wie die gehörige Ausdrucksweise vorhanden gewesen waren, aber zugleich die Spuren späterer Vernichtung an sich trugen, also wenn z. B. die lina zerschnitten, der Name des heres ausgestrichen war, so sprach dies zu sehr gegen die civilrechtliche Gültigkeit des Testamentes, auf die doch der Prätor allein sah, als daß er nicht, noch vor Ertheilung der b. p., den Beweis hätte fordern müssen, es seien diese Beschädigungen contra voluntatem testatoris geschehen. — Also auch dies kann man nicht unter die bedingenden Beweise stellen, da sie nicht von vorn herein gefordert werden, und sehr viele b. possessiones sec. tab. ganz ohne dieselben vorkommen mußten. Sie werden erst dadurch veranlaßt, daß das vorgebrachte Testament selbst Anlaß zu Zweifeln über seine Aechtheit darbietet, sie sind aber alsdann ebenso wie die vorigen beiden Punkte wahre Bedingung für die Ertheilung der bonor. poss.

4) Alle anderen Infirmationsgründe des Testamentes dagegen, also namentlich die vielen Fälle der mangelnden testamentifactio und die im vorigen § unter № 1. 2 u. 4 bemerkten, gehören in das Gebiet der vernichtenden Beweise. Ihre Hinwegräumung ist nicht wahre Bedingung für die Ertheilung der b. p., sondern da sie vom Producenten nicht verlangt wird, so kann wirklich aus einem in dieser Weise ungiltigen Testamente der Prätor seine Hülfe ertheilt haben. Es stehen diese Fälle ganz dem des untergeschobenen Testamentes gleich, aus welchem eine b. p. erbeten worden war. Hier wird ein Anderer vorausgesetzt, welcher dem b. possessor entgegen, die Ungiltigkeit darthut [1]).

---

1) fr. 14. de b. p.

Es ist wichtig, diesen Punkt noch genauer festzustellen, namentlich um dann später zeigen zu können, wie unendlich verschieden davon die Fälle sind, in denen eine b. p. zur sine re wird. Das darf hier gleich bemerkt werden, weil es unzweifelhaft ist, daß die b. p. nur durch Anstellung der her. pet. von Seiten eines besser Berechtigten sine re wird, also es ist dabei immer ein wahrer Erbschaftsstreit vorausgesetzt, der in gehöriger Weise mit Theilung des Verfahrens in jure und in judicio verhandelt wird. Es ist unmöglich, daß wir auch jenen vernichtenden Beweisen diese engen Gränzen eines Erbschaftsprocesses anweisen dürften. Darin würde liegen, daß deren Geltendmachung nur dem zustehe, welcher die her. pet. gegen den bon. possessor anzustellen berechtigt ist.

Allerdings wird in den meisten Fällen gegen den sec. tab. b. possessor gerade der auftreten, welchem durch Hinwegräumung desselben die Erbschaft zufällt. So stellt z. B. nach dem citirten fr. 14. der nächste propinquus die falsi accusatio an, um dann die b. p. unde cognati agnosciren zu können. Aber jedenfalls sieht man aus dieser Stelle, daß wenn in diesem Falle aus dem untergeschobenen Testamente eine b. p. agnoscirt war, diese durch den Beweis des Gegners, daß es ein falsches Testament sei, nicht sine re, sondern als völlig non data angesehen wurde. Denn sine re kann eine voranstehende b. p. durch eine nachfolgende prätorische Erbklasse nie werden; auch kann wenn eine b. p., mag sie zur sine re geworden sein, einmal agnoscirt ist, keine folgende b. p. mehr ertheilt werden, und überhaupt ist es die allgemeine Regel, daß eine jede gültig ertheilte b. p. alle weitere Delation der b. p. aufhebt [2]). Wenn nun im fr. 14. allgemein gesagt wird, daß nach dem Gelingen der falsi accusatio die b. p. unde cognati agnoscirt, ja sogar, wenn während des Processes die Frist abgelaufen war, als erbeten fingirt werden dürfe, so liegt doch darin offenbar, daß eine auf

2) Dieser Satz wird im Verlauf der Darstellung genugsam bewiesen werden können. S. einstweilen fr. 42. §. 2. de bon. libertor.

den Grund des falsum testamentum ertheilte b. p. völlig vernichtet sein, daß sie, weil ihr eine andere b. p. folgte, als gar nicht ertheilt angesehen werden mußte.

Aber zugleich kann auch nicht bezweifelt werden, daß die falsi accusatio nicht bloß von dem angestellt werden durfte, welcher gegen den sec. tab. b. possessor die her. pet. geltend machen, oder nach ihm die nächste b. p. agnosciren durfte. Wenn also auch irgend ein Anderer mit jener accusatio durchgedrungen war, so muß doch für die sec. tab. b. p. ganz dasselbe Resultat, nämlich völlige Vernichtung daraus hervorgegangen sein, und endlich, wenn schon, ehe die b. p. ertheilt worden, die Verfälschung sich dargestellt hatte, so ist nicht daran zu denken, daß noch eine sec. tab. b. p. ertheilt worden wäre, auch wenn an und für sich jenen Bedingungen, unter denen der Prätor sonst die b. p. gab, genügt werden konnte.

Was hier von dem falsum testamentum gesagt ist, wird ebensowenig auch für die im vorigen § angeführten Fälle bezweifelt werden können, wenn nämlich bloß der Name des heres in dem sonst ächten Testament durch Irrthum oder Betrug verfälscht war, wenn die vorgebrachte Urkunde nur ein exemplum oder ein früheres Testament war, oder endlich wenn die testamentifactio dem Testator gefehlt hatte. Von allen diesen Fällen heißt es „b. p. peti non potest", und wenn auch von der einen Seite dies hier nicht so streng gemeint ist, wie bei den bedingenden Beweisen, so kann doch auch unmöglich weniger darin liegen, als was eben vom falsum testamentum gesagt wurde. Wir müssen bei allen gleichmäßig die Wirkung annehmen, daß sobald ein solcher Infirmationsgrund bekannt wurde, die schon ertheilte b. p. als non data erschien, die zu ertheilende nicht mehr nachgesucht werden konnte (peti non poterat). Wir müssen ebenfalls annehmen, daß die Vorbringung dieser Infirmationsgründe keineswegs nothwendig an einen bestimmten Erbschaftsproceß geknüpft war, sondern daß hier bloß von einer dem Prätor zu gebenden Ueberzeugung die Rede ist. Die ganze Ertheilung der b. p. ist ja rein eine aus dem

imperium des Prätors fließende Befugniß [3]). Der Prätor verspricht nur aus einem Mancipationstestamente die b. p. zu ertheilen, er läßt sich dazu jedoch nur einzelne Erfordernisse dieser Testamente beweisen. Nothwendig müssen denn doch auch die vernichtenden Beweise ihm selbst erbracht werden können, so daß er nun seine frühere auf eine Wahrscheinlichkeitsrechnung gestützte Verfügung selbst wieder vernichtet, oder überhaupt wegen des schon vorliegenden Gegenbeweises gar nicht eintreten läßt [4]). Wir müssen also den Schluß ziehen, daß, ganz abgesehen von einem processualischen Verfahren, ein jeder Umstand, durch den der Prätor die feste Ueberzeugung von der Ungiltigkeit des Testamentes gewann, ein Aufhebungsgrund für die sec. tab. b. p. wurde.

Völlig bestätigt wird dies durch folgende Stelle: fr. 19. qui test. fac. poss. — Si filiusfamilias, aut pupillus, aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit [5]), secundum eas b. p. dari non potest, licet filiusfamilias sui juris, aut pupillus pubes, aut servus liber factus decesserit, quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamentifaciendi facultatem non habuit.

Wenn schon bei den im vorigen § aufgezählten fünf Fällen darauf aufmerksam gemacht ist, daß es lauter Regeln des Civilrechts seien, um derentwillen die b. p. sec. tab. für unzulässig erklärt wird, so muß um so mehr hier bemerkt werden, wie diese Stelle die Ansicht eines eigenen Prätorischen Testamentes unmöglich macht. Es wird ausdrücklich gesagt,

---

3) fr. 1. de jurisdict.

4) Es läßt sich noch der Mittelfall denken, daß der Prätor Jemandem die b. p. gegeben hat, und nur erst vermuthet, daß sie sich als unbegründet herausstellen werde. Hier half er sich wohl mit einem interimistischen Veräußerungsverbot. fr. 7 §. 5. pro emtore „Qui sciens emit ab eo, quem Praetor ut suspectum heredem deminuere vetuit, usu non capiet."

5) Damit wird ausdrücklich darauf hingedeutet, daß hier an und für sich die äußere Gestalt des Testamentes der Agnition der b. p. nicht entgegensteht.

daß die bedingenden Beweise (si signaverit, licet filiusfam. sui juris aut servus liber factus decesserit) völlig erbracht sind, und dennoch wird das Testament für nullum erklärt.

Aber die Stelle enthält noch mehr. Weil das Testament durchaus nichtig ist, so folgt es, daß eine daraus ertheilte b. p. sogleich als non data zusammenfallen muß, sobald eben der Mangel der testamentifactio bekannt wird. Es kann nicht davon die Rede sein, daß hier erst auf die hereditatis petitio des Nächstberechtigten, also darauf, daß die b. p. sine re wird, gewartet werde sondern sie geht auch ohne das Auftreten eines bestimmten Gegners unter; dem b. possessor werden die Klagen denegirt, und die nächste Klasse kann wieder eine b. p. agnosciren, während dies, wenn die b. p. nur sine re wäre, nicht möglich ist. — Ebensogut kann aber in einem solchen Falle, wenn der Infirmationsgrund des Testamentes bereits von Anfang an bekannt ist, die b. p. sec. tab. gar nicht agnoscirt werden. Das sagt die Stelle ausdrücklich, indem sie besonders noch darauf Rücksicht nimmt, daß die bedingenden Beweise dabei keineswegs mehr ausreichen, woraus man eben sieht, daß sie nichts als eine Wahrscheinlichkeitsrechnung enthalten, welche neben der Gewißheit des Gegentheils natürlich nicht bestehen kann. Auch hier sehen wir wieder den Unterschied mit der b. p. sine re; wegen des Mangels der testamentifactio wird gar keine b. p. ertheilt, während dies bei einer b. p. sine re immer der Fall ist, wo denn nur die ertheilte b. p. in eigenthümlicher Weise unwirksam gemacht wird.

Was die angeführte Pandektenstelle über den Mangel der testamentifactio sagt, dies muß noch viel mehr von den anderen im vorigen § unter № 1. 2 u. 4. bemerkten Fällen gelten, aber es entsteht die Frage, ob damit das ganze Gebiet der vernichtenden Beweise erschöpft ist?

Jene Fälle sind offenbar nicht mit der Absicht, die Sache zu erschöpfen angeführt, und außerdem ergeben sie alle das gemeinsame Resultat, daß sie nichts als civilrechtliche Regeln über die Gültigkeit der Testamente enthalten. Es liegt doch also sehr nahe, ob nicht auch alle übrigen civilrechtlichen In-

firmationsgründe des Testamentes zu der b. p. sec. tab. sich als vernichtende Beweise verhalten? Und in der That glaube ich dies unbedenklich bejahen zu dürfen.

Es geht dies schon aus dem Principe hervor, welches oben aufgestellt ist, daß man überhaupt den Prätor so lange dem Civilrecht folgend annehmen müsse, bis die Abweichungen davon bewiesen würden. Noch mehr aber folgt es aus dem besonderen Principe der b. p. sec. tab., worin wir die vollständige und alleinige Aufrechterhaltung des civilrechtlichen Testamentes wiederkannt haben. Der Schluß, welchen der Jurist in fr. 19. qui test. fac. poss. „b. p. sec. tab. dari non potest, quia nullae sunt tabulae testamenti," ausspricht, ist so allgemein, daß er uns auch für andere Infirmationsgründe, als den Mangel der testamentifactio, auf dem richtigen Wege leiten wird, bis wir ausdrückliche Abweichungen davon bemerken. So kann ich es also:

a) nur für eine grundlose Behauptung halten, daß der Prätor die unitas actus, die conventio testium in unum, die praesentia testatoris nicht für nöthig gehalten habe [6]).

b) Ebenso muß auch jeder Fehler bei den weiteren Förmlichkeiten des Mancipationstestamentes [7]), die sec. tab. b. p. vernichtet haben.

c) Und endlich muß dasselbe auch gegolten haben, wenn durch Präterition des filius in potestate oder des postumus das Testament annihilirt wurde.

Daß auch diese Fälle dem Principe nach zu den vernichtenden Beweisen gehören, läßt sich zuletzt, und wie ich glaube ganz entscheidend gerade durch die Ausnahmen darthun, welche davon mit der Zeit im Prätorischen Edicte aufgestellt

---

6) Dernburgs (S. 242) einziger Grund ist, daß sich ja dies Alles der Prätor bei der Ertheilung der b. p. nicht haben beweisen lassen. Die Antwort darauf ist, daß alle diese Punkte in die Klasse der vernichtenden Beweise gehören.

7) „Velut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba „testator locutus non sit". Gai. II. 119.

wurden [8]). Indessen sind diese Ausnahmen unter dem Gesichtspunkte einer eigenen vom Prätor neu geschaffenen Erbklasse aufzufassen, und können daher in diesem ersten Buche noch nicht erwähnt werden, in welchem wir nur die civilrechtlichen **ordines**, als ursprünglich allein im Begriffe der **b. p.** liegend, zusammenstellen.

§. 31. Es bleibt hier nur noch eine Frage in Beziehung auf die **sec. tab. b. p.** zu beantworten übrig. Da nämlich gezeigt worden ist, daß dabei das Mancipationstestament vom Prätor durchaus anerkannt sei, so muß es auffallen, daß hier bisher immer nur das schriftliche Mancipationstestament vorausgesetzt wurde, und es ist zu untersuchen, ob nicht auch auf den Grund eines nuncupativen Testamentes eine **b. p.** habe ertheilt werden können. Bekanntlich wird dies von vielen Schriftstellern verneint, und jedenfalls ist klar, daß, wenn auch diese Verneinung wahr wäre, dies dem bisher entwickelten Princip der **b. p.** keinen Eintrag thun könnte. Denn wenn man sagt, der Prätor sei durchaus den civilrechtlichen Grundsätzen der testamentarischen Erbfolge gefolgt, so liegt darin noch nicht, daß er nun auch nothwendig eine **b. p. sec. nuncupationem** hätte geben müssen. Es waren, wie ich oben entwickelt habe, die schriftlichen Testamente gewiß in der ganzen Zeit, wo es eine **b. p.** gegeben hat, in so vorherrschendem Gebrauch, daß der Prätor sehr wohl sich darauf beschränken konnte, also nur in Ausnahmsfällen sein Institut unbrauchbar war. Damit muß dann doch immer anerkannt werden, daß er ganz und gar sich den Regeln dieses schriftlichen Civiltestamentes angeschlossen habe.

Aber von der anderen Seite scheint mir auch kein Grund aufgefunden werden zu können, weßhalb sich der Prätor auf das schriftliche Testament sollte beschränkt haben, weßhalb er nicht für die, wenn auch seltenen Fälle der nuncupativen letzten Willen seine allgemeine Absicht, den **heres** zur baldigen Antretung zu bewegen, habe realisiren wollen? Ja noch mehr.

8) S. darüber meine historia b. p. sec. tab. p. 25—71.

Dies ganze System der b. p. hat freilich mit der Zeit mehre Erbklassen aufgenommen, welche das Civilrecht nicht kennt. Aber zugleich wird doch allgemein zugegeben, daß es auch alle ordines des Civilrechts umfaßt habe. In den Institutionen heißt es ganz unbeschränkt, daß denen qui recto facto testamento heredes instituti sunt, eine b. p. gegeben werde [1]). Wie soll es möglich gewesen sein, daß der Prätor in dieser einzigen Ausnahme sein Rechtsmittel dem heres versagt haben sollte?

Schon diese allgemeinen Gründe scheinen mit Nothwendigkeit darauf zu führen, daß die b. p. nicht auf dies schriftliche Testament habe beschränkt sein können. Aber wir müssen prüfen, ob nicht dennoch positive Quellenzeugnisse dieser Annahme entgegenstehen.

Neuerdings sind solche Quellenzeugnisse, aus denen die Unmöglichkeit einer b. p. sec. nuncupationem hervorgehen soll, am sorgfältigsten von Mayer [2]) zusammengestellt. Zuerst sei doch in der oben weitläuftig erörterten Stelle Cicero's nur von tabulae testamenti die Rede; was Asconius zu dieser Stelle noch weiter ausführe: quasi ab intestato agnati ejus succederent, quamvis diceretur testamentum fecisse, si tamen tabulae non proferrentur. Ueberdieß sei ja in den Ueberschriften der Digestentitel 37. 2 und 38. 6 nur von tabulae testamenti die Rede, wie denn auch die classischen Juristen allenthalben das Dasein von tabulae obsignatae als nothwendig voraussetzten [3]).

---

1) §. 1. J. de b. p. — Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recto facto testamento heredes instituti sunt, dat sec. tab. b. p; item ab int. suos heredes et agnatos ad b. p. vocat. Sed et remota quoque b. p. ad eos pertinet hereditas jure civili.

2) Erbrecht I. S. 132. Note 2. S. außerdem Dernburg a. a. O. S. 258. Note 39.

3) Zugleich werden angeführt Gai. II. 119. 147. Ulp. XXIII. 6. XXVIII. 6. — fr. 1. pr. de b. p. sec. tab. — fr. 11 u. 12. de inj. rupt.

Ich muß gestehen, daß mir mit allem Diesen noch gar nichts bewiesen zu sein scheint. Das ist freilich keinem Zweifel unterworfen, daß die Worte des Edicts nur von tabulae testamenti sprechen, und es ist dies eben sehr natürlich, da sie in durchaus vorherrschendem Gebrauch waren. Aber es fragt sich gerade, ob man diese Worte in der Anwendung auf das Leben in einem so strengen Sinne genommen habe, daß damit das mündliche Testament völlig ausgeschlossen war. Dafür spricht schon an und für sich die freiere Art und Weise nicht, wie man überhaupt das Prätorische Edict interpretirte; besonders aber ist noch der Umstand zu berücksichtigen, daß man auch in Beziehung auf das Civilrecht regelmäßig nur vom schriftlichen Testamente sprach, darunter aber, wie oben gezeigt ist, überhaupt alle Testamente, auch die mündlichen, verstand, woher es denn kommt, daß vom letzteren so selten ausdrücklich die Rede ist. Wenn man nun unbedenklich allgemein vom scriptus heres sprach, warum soll man sich gescheut haben von tabulae testamenti und von einer sec. tabulas bon. poss. zu reden, ohne damit behaupten zu wollen, daß es nothwendig tabulae sein mußten? Danach also beweisen die Rubriken der Digestentitel und die häufigen Erwähnungen der Juristen nichts. Wenn sie sagen, es müßten die tabulae versiegelt sein, so sagen sie doch damit nicht, daß es überhaupt nur schriftliche Testamente gebe. Wir könnten, selbst wenn uns in den Pandekten nicht die geringste Andeutung über eine b. p. sec. nunc. aufbewahrt wäre, dennoch deren Bestehen vermuthen, sobald uns dringende innere Gründe darauf führen; und dazu scheint doch das oben entwickelte Princip der sec. tab. b. p. wohl geeignet zu sein.

Was ferner die angeführte Stelle des Asconius beweisen soll, ist nicht wohl einzusehen, welcher nur den auch oben schon erwähnten Satz ausspricht, daß wenn die Frist der einen Klasse abgelaufen ist, ihr Nichtvorhandensein fingirt wird, so daß man den Uebergang zur folgenden Klasse machen kann. Asconius sagt: wenn kein Testament vorgebracht

---

„attamen si signatum fuerit testamentum, b. possessio-
„nem sec. tab. accipere heres scriptus potest."

wird, so nimmt man an, es sei keins vorhanden, auch wenn gesagt wird, es habe der Testator ein solches gemacht, und mithin wird die Intestatsuccession eröffnet. Ist denn damit gesagt, daß es keine nuncupativen Testamente gebe?

Ebensowenig kann aus fr. 3. unde liberi abgeleitet werden, welches, wie oben (§. 21. Note 5) ausgeführt ist, sagt, daß der Beweis, es sei gar kein Testament vorhanden, auch vor Ablauf der angesetzten Frist die Agnition der intestati b. p. möglich mache. Freilich ist auch hier nur von tabulae testamenti die Rede, und sehr natürlich. Der Prätor ließ sich nur das Nichtvorhandensein eines schriftlichen Testamentes beweisen, weil dies in so allgemeinem Gebrauch war [4]), daß eine Rücksichtnahme auf nuncupative letzte Willen nur unnütze Weitläuftigkeiten herbeigeführt haben würde. Aber ist denn damit gesagt, daß wenn nun doch die Errichtung eines solchen constatirt, und die Zeugen noch innerhalb der anberaumten Frist vorgebracht wurden, nicht dennoch die b. p. hätte ertheilt werden können, welche dann die etwa schon gegebene intestati b. p. wieder ungültig machte?

Endlich ist die oft angeführte l. 26. de b. p. sec. tab. von Gordian zu erwähnen, durch welche Dernburg seine Ansicht schlagend bewiesen zu haben glaubt.

> Bonorum quidem possessio ex edicto Praetoris nonnisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse in dubium non venit.

Ich gestehe gern zu, daß wenn man bloß diese Worte ins Auge faßt, man sie wohl so interpretiren kann, als seien darin als nothwendiges Requisit der b. p. die tabulae aufgestellt, von denen nur noch nebenbei bemerkt werde, sie müßten signatae sein. Aber leider folgt noch ein zweiter Satz nach, der die Hoffnungen wieder zu nichte macht, welche der erste erregt hatte. Gordian fährt nämlich so fort:

4) Würde es uns wundern, wenn im heutigen Rechte, wo doch auch mündliche Testamente vorkommen können, bei einer ähnlichen Gelegenheit nur von der Testaments*urkunde* die Rede wäre?

Verum si eundem numerum adfuisse, sine scriptis testamento condito, doceri potest, jure civili testamentum factum videri, ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri, explorati juris est [5]. —

Angenommen, diese Worte seien nicht interpolirt, könnten also als historisches Zeugniß gebraucht werden, so bestätigt sich dadurch einestheils unsere obige Untersuchung, daß es auch nach Civilrecht ein mündliches Testament gegeben habe, und daß die Ertheilung der **b. p.** immer nur auf den Grund eines civilrechtlichen Testamentes geschah [6]. Anderntheils aber sehen wir auch, daß die **b. p. sec. nuncupationem** ebenso altes Recht sein kann, wie die **sec. tabulas**, indem die Worte **explorati juris est** im Vergleich zu **in dubium non venit** darauf hindeuten. Aber gerade weil das schriftliche und das mündliche Testament so ganz gleich gestellt werden, so müssen wir auch jenen ersten Satz nicht so verstehen, wie er interpre-

---

5) Es ist eigenthümlich, wie die angeführten Schriftsteller diesen Satz zu entkräften suchen. Dernburg sagt: „Nicht über alle Bedenklich„keit ist der Schluß unseres Rescripts: **explorati juris est**. Ver„gleichen wir aber Gründe und Gegengründe, so verdienen, nach „unserem individuellen Gefühl, die für die Meinung im „Texte angeführten den Vorzug." Uebrigens finde ich dort im Texte keine Gründe.

Mayer (a. a. O. S. 136. Note 5) meint, „wenn man diesen „zweiten Satz mit dem ersten vergleiche, und wiederum an und für „sich genau erwäge, so trüge die Constitution allzustarke Spuren der „Interpolation an sich, als daß sie mit Sicherheit zum geschichtli„chen Anhaltspunkt für die **b. p. sec. nunc.** benutzt werden könnte." Namentlich setzt Mayer hinter die Worte **eundem, jure civili,** und **nuncupationem** Fragezeichen. Aber was diese Worte Verdächtiges haben, weiß ich nicht. — Und wenn überhaupt Mayer diese Stelle für interpolirt hält, so ist es doch nicht rathsam, gerade den ersten Satz als historisches Zeugniß, daß es nur eine **b. p. sec. tabulas** gegeben habe, zu gebrauchen, wie er S. 133. thut. —

6) **Vide,** sagt Treckell, **(p 166.) quam praeclare haec verba sententiam meam corroborent, quod praetor ex numero testium praesumserit, testamentum secundum jus civile rite fuisse conditum.**

tirt werden könnte, wenn er allein stände. Es heißt nicht: die **b. p.** würde nach dem Edicte des Prätors nur in Folge eines schriftlichen Testamentes gegeben, sondern der Kaiser sagt:

„wenn eine **b. p.** nach dem Edicte des Prätors auf ei„ne schriftliche Urkunde ertheilt werden soll, so muß „diese 7 Siegel haben, — wenn sie dagegen auf den „Grund eines mündlichen Testaments agnoscirt werden „soll, so muß dargethan werden, daß dabei 7 Zeugen „vorhanden gewesen waren.“

Es sollen also in diesem Rescript nur die Erfordernisse beider **b. possessiones** angegeben werden, und von beiden wird vorausgesetzt, daß sie **ex edicto Praetoris** gefordert werden können [7]), womit indeß nicht gesagt ist, daß ausdrücklich vom nuncupativen Testament im Edicte die Rede gewesen wäre. Wenn dasselbe auch nur vom schriftlichen Testamente sprach, so wurde doch daraus ganz nach demselben Princip das mündliche behandelt.

So dürfen wir also, wie mir scheint, unbedenklich die angeführte Stelle nicht als eine entgegenstehende, sondern umgekehrt als unsere Ansicht vollkommen beweisend ansehen. Indessen könnte immer noch die entgegengesetzte Meinung sich an die Behauptung der Interpolation dieser Stelle halten, auch wenn sich dieselbe im Einzelnen nicht weiter wahrscheinlich machen ließe.

Aber auch diese Möglichkeit verschwindet, da wir noch andere, und zwar auch Pandektenstellen, von der **b. p. sec. nuncup.** reden sehen, bei denen wohl Niemand an Interpolationen denken wird. Zuerst sind **l. 1. C. de b. p. c. t. liberti** und **l. 8. C. de codicill.** [8]), die eine ebenfalls von Gordian, die andere von Theodos, zu erwähnen, in denen

---

7) Die Worte also sind so zu verstehen, als wenn es hieße: **B. p.** ex edicto praetoris aut secundum tabulas peti potest, dummodo septem signis signatae sint, aut secundum nuncupationem, dummodo eundem numerum testium adfuisse doceri possit etc.

8) Vgl. l. 7. Th. C. de testam. und l. 2. §. 1. eod.

die sec. nunc. b. p. als etwas gar nicht erst neu Eingeführtes angegeben wird. Es ist durchaus unwahrscheinlich, daß noch in der spätern Kaiserzeit eine sec. nunc. b. p. neu sollte entstanden sein. Allerdings finden wir im Anfange der Kaiser solche Constitutionen, wodurch man an das Prätorische Recht anknüpfte, und so eine Verbindung des Prätorischen und Civilrechts vornahm. Aber als sich mit der Zeit die Agnition b. p. überhaupt mit der hereditatis aditio mehr zusammenschmolz, konnte es keinem Kaiser einfallen, noch eine neue Klasse der b. p. einzuführen, und noch weniger darf man, wie aus unserer späteren Darstellung der b. p. unter Justinian erhellen wird, daran denken, daß dergleichen Neues noch wieder in die b. p. hineininterpolirt worden wäre.

Wenn wir also auch nur eine Andeutung der b. p. sec. nunc. in den Pandekten finden, so dürfen wir, wie ich glaube, unbedenklich sie als ein übrig gebliebenes Zeugniß ansehen, wodurch l. 2. C. de b. p. sec. tab. vollkommen bestätigt wird. Daß es nicht viele solcher Andeutungen in den Pandekten giebt, kann uns nicht Wunder nehmen, wenn wir bedenken, wie wenige Stellen von dem mündlichen civilrechtlichen Testamente überhaupt geredet haben werden, und wenn man nicht vergißt, daß der Ausdruck sec. tabulas gewiß sehr häufig in dem allgemeinen Sinne von Testament, nicht bloß von schriftlichem Testament gebraucht wurde.

Zuerst ist hier fr. 8. §. 4. de b. p. sec. tab. zu erwähnen. — Quidam testamentum in tabulis sibi fecit, filio autem impuberi per nuncupationem substituit. Respondi: sententiam Praetoris in danda b. poss. eam esse, ut separatim patris separatim filii heredes aestimari debeant. Nam quemadmodum scripto herede filio [9]) separatim ab heredibus patris, ita nuncupato potest videri separatim a scriptis patris heredibus b. p. dari.

Mayer, der diese Stelle sehr wohl kennt [10]), glaubt nicht,

9) D. h. nicht: dem zum Erben eingesetzten Sohn, sondern: dem für den Sohn ernannten Erben.

10) A. a. O. S. 133.

daß sie seiner Ansicht entgegenstehe, „da die **substitutio pupillaris** als **sequela** des väterlichen Testamentes natürlich anders beurtheilt werden mußte.“ Allein ich zweifle sehr, ob dieser Grund haltbar sei. Allerdings ist das Sohnestestament von dem eigenen des Vaters abhängig, aber dennoch werden beide Testamente, namentlich wenn sie ganz abgesondert von einander errichtet sind, in Beziehung auf die Form abgesondert beurtheilt, wie dies gerade unsere Stelle deutlich genug sagt. Beide müssen also die Form haben, welche der Prätor überhaupt zur Ertheilung der b. p. für nothwendig erklärt; und wenn z. B. das Sohnestestament in einer gar nicht signirten Urkunde enthalten ist, so kann ohne Zweifel der Grund, daß es eine **sequela** des väterlichen signirten Testamentes sei, doch nicht bewirken, daß daraus eine sec. tab. b. p. agnoscirt werden dürfe.

Dagegen kann nicht das gleich folgende fr. 9. eod. angeführt werden, worin es heißt: **ut b. p. secundum pupillares tabulas admitti possit, requiritur, ut patris testamentum signatum sit, licet secundae tabulae resignatae proferantur.** Gerade daß dies Letztere noch hinzugefügt wird, zeigt, daß wenn die **secundae tabulae** gar nicht signirt worden wären, die Signation des väterlichen Testamentes keineswegs dafür genügen könnte. Ein Satz, der auch, wie ich glaube, von Niemanden bezweifelt werden wird. Wenn wir also im Allgemeinen den Satz aufstellen müssen, daß auch dies zweite Testament signirt vorzubringen war, so erscheint der Inhalt des **fr. 9** als eine singuläre Ausnahme, die sich aber freilich aus dem oben §. **30** unter № 3 Gesagten von selbst erklärt. Alle späteren Vernichtungen der äußeren Gestalt eines Testamentes waren nämlich nicht absolute Verhinderungsgründe der **b. p.**, aber es mußte doch noch der Beweis vor der Ertheilung derselben geliefert werden, daß diese Beschädigungen **contra testatoris voluntatem** geschehen seien. — In diesem Falle dagegen ist nur das **annexum** resignirt, während das Haupttestament, von dem es durchaus abhängt, ganz den Prätorischen Erfordernissen entsprach. Was lag näher als die Präsumtion, daß diese Resignation gegen den Willen des Testators geschehen sein müsse, indem er doch sonst

wohl auch sein eigenes Testament vernichtet haben würde? Also es tritt hier an die Stelle des gewöhnlich zu liefernden Beweises eine Präsumtion, und es wird der Beweis des Gegentheils denen überlassen, welche das Testament anfechten wollen, mit andern Worten: was in der Regel Bedingung der b. p. ist, fällt hier ausnahmsweise in die Klasse der vernichtenden Beweise. —

Wenn nun durch diesen singulären Charakter des fr. 9 die Regel nur noch mehr hervortritt, daß das abgesondert errichtete Sohnestestament ganz den gewöhnlichen Prätorischen Erfordernissen über die Form der Testamente unterworfen ist, so folgt auch, daß wenn der Prätor nicht allgemein eine b. p. sec. nuncup. anerkannt hätte, er sie auch nie aus der mündlichen Pupillarsubstitution hätte ertheilen dürfen. Eine Testamentsart, die überhaupt das Prätorische Recht nicht kennt, kann doch auch nicht in einem besonderen Falle Bedeutung haben. — Und so darf denn wohl der Schluß gezogen werden, daß, da hier eine b. p. sec. nunc. bei einem Sohnestestamente zulässig ist, dieselbe auch allgemein bei allen nuncupativen Testamenten vorkommen konnte. Julians Argumentation macht uns eben diesen Schluß so besonders leicht. Er sagt, auch die b. p. aus den secundae tabulae sei ganz separatim aufzufassen, also könne es auch keinen Unterschied machen, wenn die civilrechtliche Nuncupationsform angewandt wäre. Indem Julian so schließt, ist es ganz unmöglich anzunehmen, die b. p. sec. nunc. sei etwas singulär bloß bei der Pupillarsubstitution Bestehendes; sonst würde Julian sich gerade darauf berufen haben. Er muß nothwendig annehmen, daß eine b. p. sec. nunc. allgemein zulässig gewesen sei, weil er sich gerade hierauf gar nicht weiter einläßt. In dem vorliegenden Falle findet er nur das zweifelhaft, ob für das Vaters- und Sohnestestament verschiedenartige Formen zulässig seien, und er diesen Zweifel damit löst, daß der Prätor aus beiden separirte bon. possessiones ertheile.

Wenn ich so schon aus dem fr. 9 cit. selbst die gegnerische Ansicht widerlegt zu haben glaube, so ist nun noch eine andere Stelle der Pandekten anzuführen, welche die singuläre Beziehung der b. p. sec. nunc. auf das Pupillartestament

durchaus unmöglich macht. Es ist um somehr zu verwundern, daß Mayer die Beweiskraft dieser Stelle übersehen hat, da er sie doch selbst anführt [11]).

Fr. 20 de vulg. et pup. subst. — Patris et filii testamentum pro uno habetur etiam in jure praetorio. Nam ut Marcellus libro nono Digestorum scribit, tabulas esse patris signatas, etsi resignatae sint filii, et septem signa patris sufficiunt. §. 1. Si pater sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra fecerit testamentum, valebit.

Ulpian, aus dessen sechszehnten Buche **ad Sabinum** die Stelle genommen ist, spricht hier an und für sich vom Civilrecht. Aber er vergleicht damit das Prätorische, welches in diesen Fällen eben mit jenem übereinstimme. Und es kann wohl kein Zweifel sein, daß der entschiedene Ausdruck **valebit** im §. 1. auch gerade diese Gültigkeit **ex utroque jure** bezeichnen soll. Danach also wird nicht bloß dasselbe gesagt, was wir schon aus **fr. 8 cit.** ersehen, daß nämlich das nuncupative Sohnestestament neben dem schriftlichen des Vaters bestehe, sondern es wird auch (**vel contra**) das umgekehrte Verhältniß der beiden Testamentsformen für zulässig erklärt. Und so ist es denn direkt bewiesen, daß auch eine selbstständige **b. p. sec. nunc.** bestehe, indem sie ja sogar die Kraft haben soll, daß sich auch die **b. p.** aus der schriftlichen Pupillarsubstitution als **annexum** an sie anknüpfen dürfe.

Mir scheint hiermit das Bestehen der **b. p. sec. nunc.** genügend auch durch äußere Zeugnisse bewiesen, während sie aus dem Principe der testamentarischen Erbfolge des Prätors schon von vorn herein gefolgert werden konnte [12]). Es ist nun

11) Freilich um ganz etwas Anderes, nämlich das, was er auch aus fr. 8. §. 4. de b. p. s. t. ableitet, zu beweisen.

12) Deßhalb kann ich auch Hugo R. G. S. 932. Note 2. nicht beistimmen, der freilich das Bestehen der b. p. sec. nunc. anerkennt, aber nun doch im Civilrecht kein nuncupatives Testament gelten lassen will. Wenn unsere obige Ausführung über das vom Prätor befolgte Princip richtig ist, so muß in der Annahme der sec. nunc. b. p.

noch zu untersuchen, unter welchen genaueren Bedingungen dieselbe gestanden haben mag. Natürlich läßt sich darüber nur sehr wenig sagen, da sie uns überhaupt in so wenigen Stellen erwähnt wird. Bei der sec. tab. b p. haben wir jene Wahrscheinlichkeitsrechnung kennen gelernt, wonach der Prätor aus der äußeren Erscheinung auf dessen völlige civilrechtliche Gültigkeit schloß. Natürlich kann das bei der b. p. sec. nunc. nicht in der Art vorgekommen sein. Aber dennoch dürfen wir wohl vermuthen, daß der Prätor hier ganz analoge Regeln angewandt haben werde. Wenn also bei der sec. tab. b. p. es das Princip ist, daß nicht die Zeugen zusammeberufen zu werden brauchen, so kann auch etwas ähnliches bei der sec. nuncup. statt gefunden haben; und darauf führt uns in der That jene l. 2. C. de b. p. s. t. Es braucht, heißt es darin, nur bewiesen zu werden, daß die sieben Zeugen bei der Errichtung des Testamentes vorhanden gewesen sind. Weitere Beweise dagegen, daß alle vom Civilrecht geforderten Formalitäten, wie die familiae mancipatio etc. vorgenommen seien, wurden auch hier nicht gefordert. — Außerdem wird der Beweis nöthig gewesen sein, daß der Testator als civis Romanus und suae potestatis gestorben sei, seitdem man überhaupt diese Nachweisung auch bei der sec. tab. b. p. erforderte.

Wenn wir also auch hier eine Klasse der bedingenden Beweise aufstellen können, so werden wir ebenso auch von den Punkten zu urtheilen haben, welche, wie oben gezeigt ist, ebenfalls Bedingungen der b. p. waren, ohne doch als vom Agnoscirenden zu erbringende Beweise aufgefaßt werden zu können. Es hängt dies damit zusammen, wie wir uns den von dem Prätor geforderten Beweis, daß sieben Personen bei der Errichtung des nuncupativen Testamentes gegenwärtig gewesen waren, zu denken haben. Diesen Beweis kann ich mir nicht wohl anders denken, als daß man die Aussage Eines oder Mehrerer von den gerade mitwirkenden Zeugen anhörte.

---

nothwendig auch die des mündlichen civilrechtlichen Testamentes liegen. Erkennt man ja doch auch in der l. 2. C. de b. p. s. t. den Gedankenzusammenhang, daß weil es ein gültiges Civiltestament sei, daraus auch eine b. p. agnoscirt werden könne. S. Note 7.

Wo nicht, so würde man voraussetzen, daß noch mehr als jene sieben Personen bei der Testamentserrichtung zugegen gewesen seien, was doch selten der Fall sein mogte. Daß man in der That wenigstens einen solchen Zeugen erforderte, scheint mir nun eben daraus sich zu ergeben, daß der Prätor doch unmöglich Jedem, der ihm bewies, es sei ein nuncupatives Testament errichtet, die b. p. sec. nunc. ertheilt haben kann. Sondern ebenso wie wir oben annahmen, der Prätor müsse in den vorgebrachten tabulae nachgesehen haben, ob sich der Producent darin instituirt finde, — so muß er auch hier überzeugt worden sein, daß in dem nuncupativen Testament der die b. p. Nachsuchende zum Erben ernannt sei [13]) und gerade das konnte doch nur von Einem der sieben Personen bezeugt werden, welche zu der Errichtung des Testamentes mitgewirkt hatten.

Im Uebrigen freilich wage ich nicht zu entscheiden, wie viele von diesen sieben Personen — ob Eine oder Mehrere — der Prätor für nöthig gehalten habe, damit durch ihre Aussagen die Ertheilung der b. p. begründet werde. Genug, wenn wir annehmen dürfen, daß nicht alle, sondern nur Einige von ihnen nöthig waren, um ihr einstmaliges vollständiges Beisammensein darzuthun.

§. 32. Fassen wir nunmehr das Resultat unserer ganzen Beweisführung über die sec. tab. und sec. nunc. b. p. noch einmal kurz zusammen.

1) Der Prätor fordert als bedingenden Beweis die Vorbringung der signirten Urkunde, oder die Stellung von Zeugen, welche die legale Errichtung des nuncupativen Testaments versicherten; außerdem seit der Zeit zwischen Cicero und Gaius den Beweis, daß der Testator mortis tempore civis und suae potestatis gewesen sei.

2) Der Prätor erforschte aus der Urkunde, oder von den

13) Es scheint mir dies wie schon oben angedeutet ist, auch ohne alles Quellenzeugniß eine nothwendige Voraussetzung, wenn wir nicht annehmen wollen, daß Tausende ganz unberechtigter Personen sich zum Prätor gedrängt hätten, um eine b. p. sec. tab. oder nunc. zu erbitten, die auf nicht dem geringsten Grunde basirt war.

Zeugen, ob der Producent in dem Testamente eingesetzt worden sei, — außerdem konnte hier noch ein Beweis des Producenten erforderlich sein, daß einzelne Vernichtungsspuren der **tabulae** nicht vom Testator herrührten.

3) War diesen Punkten Genüge geleistet, so wurde die **b. p.** ertheilt, alle übrigen Vernichtungsgründe des schriftlichen oder nuncupativen Testamentes fallen in das Gebiet der vernichtenden Beweise, in Folge deren, von einem bestimmten Proceß unabhängiger Erbringung die bereits ertheilte **b. p.** als **non data** angesehen wurde, und deren frühere Constatirung die Ertheilung derselben unmöglich machte (**non potest peti b. p.**)

Wenn dies Alles richtig ist, so leuchtet nun auch Folgendes von selbst ein.

1) Daß von einem Prätorischen Testamente nicht mehr die Rede sein kann, indem wir das Prätorische Edict gar nicht einmal auf schriftliche Testamente beschränkt sehen.

2) Daß die ganze, die testamentarische Erbfolge betreffende Klasse des Prätors als eine rein **confirmandi juris civilis gratia** proponirte aufzufassen ist (s. §. 28. Not. 6). Wir werden allerdings wahren Ausnahmen hievon begegnen, aber Ausnahmen, die erst später hinzugekommen sein können, die als eine eigene, neu aufgestellte Klasse, hier noch nicht weiter untersucht werden dürfen. Das historische Grundprincip der Prätorischen **successio ex testamento** kann dadurch nicht im Geringsten afficirt werden.

II. Die bonorum possessio ab intestato.

§. 33. Um darzuthun, daß die **b. p. sec. tabulas** [1]) **confirmandi juris civilis causa proposita** sei, hat es eines umständlichern Beweises bedurft. Ungleich kürzer läßt sich erledigen, daß dasselbe auch für die anfängliche **intestati b. p.** anzunehmen sei. — Im zweiten Buch wird dargethan werden, daß den **ordi-**

1) Der Kürze wegen wird mir erlaubt sein, ebenso wie vermuthlich die Römischen Juristen mit diesem Ausdrucke in der Folge die ganze testamentarische b. p., also auch die **b. p. sec. nunc.** zu umfassen.

dines unde cognati und unde vir et uxor, sowie der c. t. und der unde liberi b. p. andere Einführungsgründe unterliegen, als der, welcher für die allgemeine Entstehung des Institutes der b. p. oben entwickelt ist. So bleibt also nur die b. p. unde legitimi als Theil der ursprünglichen b. p. übrig (s. oben §. 25. im Anfange), und schon in dem Worte legitimi liegt es, daß lediglich die civilrechtlichen ordines darunter begriffen sind.

Dasselbe Resultat ist denn aber auch schon oben aus den Ciceronischen Edictsworten erwiesen worden (s. §. 25. № 2.), und so haben wir als die ursprünglichen Intestatklassen des Prätors die sui, die agnati und die gentiles aufzustellen, unter denen jetzt in Folge des Edicts eine successio statt finden sollte, welche das Civilrecht nicht erlaubt hatte. Die einzelnen Bedingungen wo möglich genauer zu bestimmen, unter denen diese drei bon. possessiones ertheilt sein mögen, ist hier meine Absicht. Die Quellen lassen uns dabei sehr im Stich, es wird also darauf ankommen, ob sich nicht mit Hülfe der bisher gewonnenen Principien doch Allerlei mit Wahrscheinlichkeit aussprechen lasse.

1) Bon. poss. unde sui und unde agnati[2]). Wir wissen, daß seitdem der Prätor den neuen ordo unde liberi eingeführt hatte, die sui zweimal hinter einander im Edicte gerufen wurden, indem sie auch nach Verstreichung jener Frist in dem ordo die b. p. agnosciren dürfen, in welchem sie den Agnaten deferirt wird[3]). Aber daraus darf nicht gefolgert werden, daß ihnen hier als Agnaten die b. p. zustehe, denn wenn man in die Agnatenfamilie im Allgemeinen auch die filiifamilias rechnet, so sind doch unter der Erbklasse der agnati im Civil- wie im Prätorischen Rechte, nur die durch eine patria potestas verbundenen Seitenverwandten zu verstehen[4]).

---

2) Nach Analogie des Ausdrucks unde legitimi (d. h. ea pars edicti, unde legitimi vocantur) darf ich wohl auch die einzelnen Klassen, die dieser ordo enthält, ähnlich bezeichnen, obgleich dies freilich in den Quellen nicht vorkommt.

3) fr. 1. §. 11. de succ. ed.

4) fr. 195. §. 2. de verb. sign.

Vielmehr beruht die zweite Berufung der sui darauf, daß sie **legitimi heredes** sind, d. h. daß sie die erste Erbklasse des Civilrechts ausmachen, und so ist denn auch, ehe es einen ordo unde liberi gab, das den sui aus dem Edict deferirte Recht als eine eigene erste Intestatklasse anzusehen, hinter welcher dann alle übrigen Mitglieder der Agnatenfamilie (die Agnaten im engeren Sinne) als die zweite Klasse folgten. Es ist dies deutlich im fr. 2 unde legit. von Ulpian ausgesprochen.

> Si repudiaverint sui ab intestato b. possessionem, adhuc dicemus obstare eos **legitimis**[5]), hoc est, his quibus legitima potuit deferri hereditas, idcirco, quia repudiando quasi liberi bonorum possessionem, hanc incipiunt habere quasi **legitimi**.

Wenn wir also in der Berufung der sui, als der ersten Klasse, es erkennen, daß der Prätor sich ganz nach den Regeln des Civilrechts richtete, so sehen wir dasselbe ebensosehr aus der zweiten, den Agnaten angewiesenen Klasse. Da das Civilrecht nur dem proximus agnatus Erbrecht zugesteht, so konnte auch der Prätor hier nicht weiter gehen. Justinian sagt es uns in den Institutionen ausdrücklich, daß das Prätorische Recht in der Klasse unde agnati keine graduum successio anerkannt habe, und wir werden gerade darin weiter unten den Einführungsgrund des ordo unde cognati erkennen[6]). Zwar sehen wir aus Gaius, daß ein Theil der Römischen Juristen bereits zu seiner Zeit diese graduum successio in das Edict einführen wollte[7]), aber eine Prätorische Praxis kann dies doch nie geworden sein, und mit Recht, denn die Agnaten werden hier als **legitimi** gerufen, also konnte damit nur der

5) Es ist höchst merkwürdig, daß Ulpian gerade hier statt agnati doch das Wort legitimi gebraucht, während er gerade zeigen will, daß diesen legitimi, welche er hier meint, eben die sui, gleichfalls als legitimi, voranstehen. Wir sehen daraus, wie sehr man im gemeinen Leben daran gewöhnt sein mußte, bei legitimi heredes nur an die agnati zu denken, und so Beides als gleichbedeutend zu nehmen. Später wird sich noch ein besonderer Erklärungsgrund ergeben.

6) Vgl. einstweilen §. 7. J. de legit. agn. succ.

7) Gai. III. 28.

proximus agnatus gemeint sein; wenn man den entfernteren Agnaten auch einen Erbanspruch geben wollte, so mußte demselben eine ganz andere juristische Basis, als die Erbfolge der zwölf Tafeln untergelegt werden.

Ueber die genaueren Bedingungen, unter welchen den sui und den proximi agnati die b. p. ertheilt wurde, dürfen wir wohl vermuthen, daß im Allgemeinen der Prätor hier ein ähnliches Princip angewandt haben werde, wie wir es bei der sec. tab. b. p. gefunden haben. Ebenso wie der Prätor sich einzelne Erfordernisse des Testamentes beweisen ließ, um daraus dessen vollständige Gültigkeit präsumiren zu können, so wird er sich gewiß auch hier nicht in aller Weise haben darthun lassen, daß durchaus kein Hinderniß der civilrechtlichen Erbfolge dem suus oder agnatus entgegenstehe.

So ist ja namentlich schon das sicher, daß er sich nicht das Nichtvorhandensein eines Testamentes beweisen ließ, sondern dies aus dem Nichtvorgebrachtsein präsumirte; wogegen wir aber auch bereits oben bemerkt haben, (§. 20. Not. 5.), daß nach Erbringung des Beweises, der Erblasser sei intestatus gestorben, auch schon vor Ablauf der für die sec. tab. gesetzten Frist, die b. p. intestati agnoscirt werden durfte. Wir können wohl unbedenklich annehmen, daß, wenn die Agnaten den Beweis führten, es seien weder ein Testament noch sui vorhanden, sie alsdann ebenfalls sogleich die b. p. agnosciren konnten.

Indeß sind doch das Alles nur freiwillig übernommene Beweise, welche sich auch, wenn man den Ablauf der vorangehenden Fristen abwarten wollte, vermeiden ließen. Außerdem aber finden wir in fr. 2. §. 3. unde leg. einen wahrhaft bedingenden Beweis, durch den sich die geäußerte Vermuthung, daß der Prätor überhaupt ähnliche Regeln wie bei der sec. tab. b. p. befolgt habe, durchaus bestätigt. Ulpian sagt nämlich:

> Si quis decesserit, de quo incertum est, utrum paterfamilias an filiusfamilias sit, quia pater ejus ab hostibus captus adhuc vivat, vel quae alia causa suspendat ejus statum, magis est, ne possit peti bonorum ejus possessio, quia nondum intestatum eum esse apparet, quum incertum sit an te-

stari possit. Quum igitur coeperit certi status esse, tunc demum petenda est bonorum possessio, nec quum certum esse coeperit, intestatum esse, sed quum certum esse coeperit, patremfamilias esse.

Wir sehen hier die **intestati b. p.** ausdrücklich mit der **sec. tab.** zusammengestellt. Ulpian sagt, so lange der **status** ungewiß sei, könne man Jemanden nicht **intestatus** nennen, da man ihn auch nicht sicher als **testatus** annehmen dürfe, d. h. da es bei der **sec. tab. b. p.** ein bedingender Beweis ist, daß der Testator **suae potestatis** gestorben sei. Daraus folgert dann Ulpian, daß die **b. p. unde leg.** freilich nicht von dem Beweise abhänge, es sei der Erblasser ohne Testament verstorben, wohl aber vom Beweise, daß er als **paterfamilias** gestorben sei.

Wir begegnen hier also demselben bedingenden Beweise, den der Prätor bei der **sec. tab. b. p.** forderte, welcher auch nothwendig ebenso auf die Civität des Verstorbenen gerichtet sein mußte, da eben nur einem **civis** das Recht des **paterfamilias** zustehen kann.

Wir dürfen aber, wie ich glaube, auf diesem Wege der Vergleichung beider **b. possessiones** noch weiter vorschreiten. Ebenso wie der Prätor nur dem Producenten die **sec. tab.** ertheilt haben kann, dessen Namen er im Testamente verzeichnet fand, so kann er auch hier nicht Jedem Beliebigen, der vor ihm erschien, die **b. p. unde sui** oder **agnati** ertheilt haben, sondern derselbe muß erst nachgewiesen haben, daß er in Wahrheit **suus**, oder **proximus agnatus** sei; und zwar, da hier keine Urkunde statt finden kann, aus der sich die Legitimation des Vorbringenden von selbst ergiebt, so hat dies völlig den Charakter eines bedingenden Beweises.

Wie dieser Beweis erbracht werden mußte, vermag ich freilich nicht genauer anzugeben. Es ist ja überhaupt ein, außer allem Proceß liegendes Beweisverfahren, und es wird genügt haben, gleichviel auf welche Weise [8]), dem Prätor die

8) Bestimmte formelle Beweisregeln kennt ja auch der Römische Proceß gar nicht so, wie der unsrige.

Ueberzeugung zu verschaffen, daß man diesen Nachsuchenden für den **suus heres** oder den **proximus agnatus** des Verstorbenen halte. In den meisten Fällen wird des Prätors eigene Kenntniß der Familien-Verhältnisse einen besonderen Beweis ganz überflüssig gemacht haben. —

Dagegen leitet uns die Analogie der **sec. tab.** darauf, daß andere Punkte, wie z. B. eine etwaige Unterschiebung des **suus**, eine **cap. dim.** des **agnatus**, das zu erwartende Erscheinen eines **postumus** welcher den Agnaten entgegenstehen würde, — in das Gebiet der vernichtenden Beweise gehörte; deren negativen Beweis also der Prätor nicht von dem Nachsuchenden forderte, sondern deren positives Vorbringen er den daraus interessirten Personen überließ, wodurch denn freilich die schon ertheilte **b. p.** als **non data** angesehen wurde, während der Prätor, wenn er das Vorhandensein dieser Verhinderungsgründe bereits bei der Nachsuchung der **b. p.** kannte, dieselbe ganz und gar verweigerte. Für zwei der angegebenen Punkte wird dies durch ausdrückliche Stellen bestätigt:

> **fr. 1 unde leg. — et ideo legitimum heredem, si capite deminutus esset, ab hac b. possessione summoveri** [9]**) palam est.**
>
> **Fr. 5. §. 1. eod. — Quamdiu spes est, suum heredem aliquem defuncto existere, tamdiu consanguineis locus non est** [10]**), puta si defuncti uxor praegnans sit, aut defuncti filius apud hostes sit.**

§. 34. 2) **Bonorum possessio unde gentiles.** Es liegt schon in dem Namen der Klasse **unde legitimi**, daß darin als dritter ordo die Gentilen gerufen sein mußten. Außerdem sagt es Cicero ausdrücklich, was auch schon aus unserer Interpretation der Edictsworte folgt, daß, weil die Gentilen **lege** zur Erbschaft gerufen waren, ihnen auch die **b. p.**

---

9) In dem summoveri liegt gerade, daß sie bereits dem Agnaten ertheilt sein kann, und dann doch als ungültig (nicht bloß sine re) erscheint.

10) Das kann doch nur heißen: sobald der Prätor weiß, daß die Frau des Verstorbenen schwanger ist, so verweigert er den nachsuchenden consanguinei die b. p.

gegeben werden mußte [1]. Wir kȫnen uns nicht wundern, daß wir von dieser b. p. der Gentilen in unseren übrigen Quellen nichts finden, da sie schon zu Gaius Zeit eine Antiquität war, und was nun allenfalls die in den Digesten excerpirten Juristen darüber sagten, sehr natürlich von den Compilatoren nicht aufgenommen ist. Das Werk des Gaius, worin er die ganze Lehre von der b. p. behandelt hat, ist uns leider nicht aufbewahrt worden, und wir können kaum einmal lesen, daß er in den Institutionen (III. 33.) darauf verweist. Aber auch das civilrechtliche Verhältniß der Gentilen ist uns wenig bekannt, da auch hier Gaius (p. 45.) unleserlich ist.

Wir sind also wieder auf Vermuthungen beschränkt, die deßhalb hier auch nur so weit Platz finden sollen, als ihnen durch die bisherigen Untersuchungen einige Sicherheit gewährt wird, und als sie für spätere Entwickelungen der b. p. von Nutzen sein können.

Zuerst ist hier die oben einstweilen bejahete Frage genauer zu untersuchen, ob sich der civilrechtliche Satz in legitimis hereditatibus successio non est in der That auch auf die Gentilen bezogen habe, wenn der gerufene proximus agnatus wieder hinweggefallen war. Von vorn herein nämlich sollte man glauben, könne hieran gar kein Zweifel sein, weil doch unter legitimae hereditates die von der lex der zwölf Tafeln aufgestellten Erbklassen gemeint sind, und daher auch die darunter gehörigen Gentilen jener Regel unterworfen sein mußten.

Dieser Grund scheint so einleuchtend, daß wir nur um gewichtiger Gegengründe willen davon abgehen können. Es ist daher zu prüfen, welche Bedeutung den bisher dawider vorgebrachten Behauptungen zuzutheilen sei.

Schulting [2], der, soviel ich weiß, zuerst den Gedanken gehabt hat, daß eine successio der Gentilenklasse auf die der

---

1) „Lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuis„set iste edictum, quod ante istum et postea omnes habue„runt, possessio Minuciae genti esset data."

2) In den Anmerkungen zur leg. Mos. et Rom. Coll. XVI. 2. Not. 21. (p. 794. der Jurisprud. vet. Antejust. ed. Ayrer.)

Agnaten Statt gefunden habe; — giebt freilich zu, daß sie den Worten der zwölf Tafeln, wie sie in Gaius Institutionen enthalten sind [3]), nicht gemäß gewesen sei. Aber die **aequitatis ratio** habe eine mildere Interpretation gerathen, so daß auf den **proximus agnatus** die Gentilen gefolgt wären, unter welche dann auch die entfernteren Agnaten gerechnet werden könnten.

Beweise werden für das Aufkommen dieser milderen Interpretation nicht im Geringsten gegeben [4]), dagegen faßt er gleich darauf (p. 798.) bei der Kritik der bekannten Stelle der Collatio [5]), wo Ulpian die Worte der zwölf Tafeln referiren soll, die Sache noch anders auf. Indem er mit Versetzung des Wortes **heres** dieselben so emendirt: **si agnatus nec escit heres, gentilis familiam nancitor,** leitet er nun auch aus den Worten der zwölf Tafeln ab, was er vorher bereits aus der **aequitatis ratio** vermuthet hatte. — Indeß wird heutzutage wohl allgemein angenommen, daß die Stelle der Collatio anders gelesen werden muß, indem wir sonst, wie Dirksen [6]) mit Recht bemerkt, mit Gaius in Widerspruch gerathen würden, der ebenso wie vorher bei der Klasse des **suus** lediglich sagt: **si nullus agnatus sit;** und indem wir auch die Endworte vollkommen genügend dadurch erklären können, daß das „**heres**" aus einer ähnlichen Sigle statt „**habento**" gebildet, und „**hanc**" aus „**nunc**" oder „**jam,**" welches zum folgenden Satze gehört, corrumpirt worden ist [7]). So sind Gründe für die Schulting'sche Vermuthung nicht vorhanden. — Hugo hat dieselbe indeß wieder aufgenommen, und eine solche Autorität muß uns offenbar zu sehr vorsichtiger Prüfung veranlassen, wenn wir ihr entgegentreten wollen. Hugo rechtfertigt seine Vermuthung dadurch, daß wir den Satz in leg.

3) „Si nullus agnatus sit, eadem lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem vocat."

4) Daß bei Sueton. (Caes. 2.) der gentilitiae hereditates Erwähnung geschieht, soll doch wohl keiner sein.

5) Coll. XVI. 4. 2. — si gnatus nescit, gentiles familiam heres hanc.

6) Zwölf Tafeln. S. 360.

7) S. Schilling dissertatio critica de Ulpiani fragmentis. p. 84 et 85. und die Note in der Blumeschen Ausgabe der Coll.

her. non est successio erst zu einer Zeit fänden, wo das Erbrecht der Gentilen schon veraltet war, weßhalb es also wohl sein könne, daß er in Ansehung dieses, als des Allerletzten, nicht gegolten hätte [8]. —

So viel ist gewiß, daß wir bei dem Zustande unserer Quellen sehr Vieles erst aus einer späteren Zeit wissen, und uns noch die weitere Thätigkeit übrig bleibt, nachzuforschen, ob auch seine Entstehung dieser späteren Zeit angehört, oder ob unsere Quelle einen schon alten Rechtssatz enthalte. An und für sich also beweist der Umstand, daß die Regel **in leg. her. succ. non est** von Schriftstellern vorgetragen wird, welche das Gentilenrecht nicht mehr kannten, noch nicht, daß sie erst nach der Antiquirung desselben aufgekommen sei. Wir müssen die Frage so lange als unentschieden betrachten, bis wir andere, selbständige Gründe finden, aus denen sich der frühere oder spätere Ursprung ergiebt. Als solchen finde ich in Hugos Worten den angedeutet, daß doch für die Gentilenklasse, als die allerletzte, es unwahrscheinlich sei, daß sie nicht immer hätte eintreten sollen, wo die früheren Erbklassen kein Ergebniß geliefert hätten, indem sonst ja unendlich häufig die **bona vacantia** werden mußten. Derselbe Grund wird es denn auch hauptsächlich sein, um dessentwillen Mühlenbruch [9]) sagt: **nunquam tamen mihi persuadebis neque gentilium ordinem successisse, existentibus quidem, nec tamen adeuntibus hereditatem agnatis** [10]).

---

8) R G. S. 258. Z. 24.

9) Comment de veter. Romanor. gentib. et famil. Rostock 1807. §. 9. — S. auch dessen Pand. Lehrb. §. 626. Not. 9.

10) Die anderen Gründe, welche Mühlenbruch a. a. O. eigentlich ausführt, scheinen mir nicht haltbar:

a) die Stellen, welche den Satz überhaupt enthielten (Paul. rec. sent IV. 8, §. 23. — Ulpian XXVI. 5. — Collat. XVI. 2. — Gaius III. 11. — §. 7. J. de legit agn. tutel. — Fr. 1. §. 8. de suis et leg. her.) sprächen nur von einer graduum nicht von der ordinum successio. — Aber das muß ich läugnen, denn Paulus und Ulpian sagen ausdrücklich: in legitimis hereditatibus succ. non est; und leiten daraus erst, als aus dem Allgemeineren, die specielle Anwendung der Agnatenklasse ab. — Ja Mühlenbruch geht

Aber diese Unwahrscheinlichkeit, worauf also die ganze Vermuthung hinausläuft, scheint mir durch die obige Darstellung der pro herede usucapio gehoben zu sein. Man muß eben für die ältere Zeit eine exorbitante Engigkeit und Unbeholfenheit des Erbrechtes annehmen [11]), um überhaupt die Entstehung dieses wundersamen Institutes der pro herede usucapio sich vollkommen erklären zu können. Es ist gewiß, wie schon oben bemerkt wurde, dabei nicht die Absicht gewesen, die Erbschaft ganz fremden Personen zutheilen zu lassen, sondern man setzte voraus, daß die Erbklassen der zwölf Tafeln, auch wenn ihnen nicht de jure die Erbschaft deferirt werden könne, doch in der Regel die Nächsten zur Besitzergreifung sein würden, also wenn auch der eigentliche Veranlassungsgrund der pro her. us. das Interesse der Pontifen und Creditoren war, so würde man doch das Institut gewiß noch anders normirt haben, wenn man nicht hätte berechnen können, daß nebenbei nun auch die zur Erbschaft zu gelangen vermogten, denen die Wortfassung der zwölf Tafeln entgegen stand.

Diese Wortfassung ist gerade dieselbe, als bei dem Uebergange von der Klasse der sui auf die Agnaten. Si nullus sit suorum heredum, sagt Gai. III. 9., tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII. tab. agnatos, und im §. 17. si nullus agnatus sit, eadem lex XII. tab. gentiles

---

so weit, auch von der Klasse der sui, die nicht antreten wollten, eine successio auf die Agnaten zu vermuthen, was er wohl selbst später nicht gebilligt haben wird.

b) Es sei überhaupt von den Successionen, die auf Agnation oder Cognation ruhten, kein Schluß auf die der Gentilen zu machen, wie wir daraus sähen, daß der Prätor den Letzteren keine Klasse in dem Systeme der b. p. eingeräumt habe. — Dies widerlegt sich durch die obige Stelle des Cicero.

c) Die zwölf Tafeln, von den Patriziern aufgestellt, hätten die graduum successio deßhalb verhindert, um den (Patrizischen) gentes desto häufiger die Erbschaft zuzuwenden; also würden sie sich ja durch das allgemeine Verbot der ordinum successio selbst im Lichte gestanden haben. Auch diesen Grund wird wohl M. selbst, nach Niebuhrs Forschungen, nicht mehr anerkannt haben.

11) Der juristische Grund, den man für das Verbot der successio annehmen muß, ist im §. 22. hinter Not. 9. angegeben.

ad hereditatem vocat. — Können wir glauben, daß die Römer, die ihre zwölf Tafeln so strict, ja so engherzig interpretirten, die gerade hier wegen des Wortes proximus agnatus alle Agnaten entfernterer Grade ausschlossen, daß sie nun doch gleich daneben eine Interpretation aufstellten, die offenbar den Worten nicht gemäß ist. Denn si nullus agnatus sit, heißt nicht: wenn kein Agnat heres wird, sondern wenn kein Agnat vorhanden ist.

So dürfen wir also wohl die Regel: in legitimis hereditatibus s. n. est in ihrem vollen Wortverstande nehmen, wir dürfen sie überhaupt wohl einer älteren Zeit vindiciren, als in der die Schriftsteller lebten, die sie uns aufbewahrt haben. Es war sehr natürlich, daß als der Prätor das successorium edictum aufstellte, man die entgegengesetzte Eigenthümlichkeit des Civilrechts durch ein kurzes Rechtssprichwort dem gegenüberstellte. Also mag es wohl mit der b. p. wenigstens gleiches Alter haben [12]).

Jetzt erst dürfen wir weiter fragen, wie die den Gentilen deferirte b. p. beschaffen gewesen sein möge. Und zwar kann nach unserer Darstellung der im successorium edictum liegenden Principien für zwei Fälle wohl kein Zweifel obwalten. — Wenn nämlich überhaupt gar keine Agnaten vorhanden waren, oder nur Agnaten eines Grades, so muß der Prätor nach erfolglosem Ablauf der den Agnaten bestimmten Frist den nachsuchenden Gentilen die b. p. ertheilt haben.

Im ersteren Falle traf civilrechtliches und fingirtes Erbrecht zusammen, und Letzteres war wegen der damit verknüpften Vortheile nicht von der Hand zu weisen. Im zweiten Falle dagegen hatte die gens nur das fingirte Erbrecht, und der ihnen vorstehende Agnat, der die Frist der b. p. versäumt hatte, konnte mit der her. pet. immer noch die hereditas ihr wieder abfordern.

12) Die hier vertheidigte Ansicht ist bereits gegen Hugo ausgeführt worden von Schilling diss. crit. de Ulp. fragm. p. 74 f. und in dessen Bemerkungen über R. R. G. S. 80. — S. auch Huschke Studien, S. 140. Not. 5.

Wie aber in dem dritten denkbaren Falle, wenn ein proximus agnatus vorhanden war, hinter dem noch andere Agnaten entfernteren Grades standen? Dürfen wir, wenn nun der proximus die Frist versäumte, annehmen, daß der Prätor den Gentilen die b. p. ertheilt habe? — Ich bin der festen Ueberzeugung, daß dies nicht möglich gewesen sei.

Der Prätor führte ja die successio nur in der Art ein, daß er demjenigen eine Frist anberaumte, welcher wirklicher heres war, wenn von den im vorhergehenden ordo vom Prätor berufenen heredes in der That Niemand vorhanden gewesen wäre. So hat es sich in allen Fällen, die wir bisher betrachteten, gezeigt. Der in einer spätern Frist Berufene ist vom Civilrecht nur durch das Existiren eines früher Berufenen ausgeschlossen, und das eben sollte nun kein Hinderniß mehr sein, so lange wenigstens als fingirter heres zu gelten, bis der wahre sich seines Rechtes annähme.

In unserem Falle gestaltet sich die Sache offenbar ganz anders. Die Gentilen sind durch das Existiren Derer, welche gar kein Civilerbrecht haben (der entfernteren Agnaten) von der hereditas ausgeschlossen. Der Prätor also konnte, wenn die Frist für den proximus agnatus abgelaufen war, gar nicht fingiren, weil er nicht vorhanden sei, so seien die Gentilen die civilrechtlichen Erben. Die ganze Eröffnung der successio unter den civilrechtlichen ordines ruht lediglich auf der Fiction des Nichtvorhandenseins eines früheren ordo, und daraus folgt in allen übrigen Fällen eben ganz von selbst, daß nun dem folgenden ordo die hereditas zustehe. Hier aber ergiebt die Fiction, daß der proximus agnatus nicht vorhanden sei, noch gar nicht das Erbrecht der Gentilen. Weil doch immer die entfernteren Agnaten vor ihnen stehen, können sie nie durch das Verschwinden des proximus, legitimi heredes werden, und darin liegt der Beweis, daß der Prätor ihnen auch keine b. p. unde legitimi geben kann.

Aus den oben mitgetheilten Edictsworten geht dies Resultat unmittelbar hervor. Der sich zuerst Meldende (proximus) soll die b. p. haben, welcher, beim Nichtvorhandensein der früher Berufenen, der nach Civilrecht Berechtigte (potissimus) sein würde. Man kann also auch nicht meinen, der

Prätor habe ja ebensogut das Nichtvorhandensein der entfernteren Agnaten fingiren können, um so die Erbberechtigung der **gens** zu folgern, denn man darf doch nur den excludiren, den man verpflichtet hat, zu erscheinen. Sagt es ja doch auch endlich Cicero deutlich genug, daß die Gentilen, soweit sie zur **legitima hereditas** berufen sind, einen Anspruch auf die **b. p.** haben. — Ich vermuthe, daß trotz der angeführten Gründe diese Ansicht Manchem, in Folge einer im Allgemeinen von der Natur des Prätorischen Edicts gehegten Vorstellung, nicht gleich einleuchten wird. Man stellt sich dasselbe als das Mittel vor, wodurch die Römer sich von der alten **juris scrupulositas** entfernten, und eine freiere Anwendung des Rechtes möglich machten. Und doch war es eine solche Scrupulosität, die Gentilen wegen der entfernteren Agnaten auszuschließen, weil die zwölf Tafeln ihnen nur, **si nullus agnatus sit**, Erbrecht ertheilt hatten. Wie soll es denkbar sein, daß nun der Prätor sich dieser strengen Interpretation gefügt haben könnte?

Und doch müssen wir dies annehmen. Wenn auch im Allgemeinen jene Idee richtig ist, so haben wir uns wohl zu hüten, sie ohne Ausnahme anzuerkennen. Der Beweis einer solchen Ausnahme liegt uns gerade hier nahe genug, und er führt es von selbst mit sich, daß auch für die Gentilen der Prätor rein das Civilrecht anerkennen mußte. Er hat, wie wir gesehen haben, den entfernteren Agnaten, als Agnaten, nie eine **successio** gestattet, obgleich doch die allgemeine Volksansicht in der späteren Zeit dem gewiß sehr viel geneigter war, als wenn er die nach und nach seltener werdenden Gentilen über die Gränzen des Civilrechts hinaus gerufen hätte, — obgleich dafür sogar ein Theil der Juristen sprach, — obgleich bei den entfernteren Agnaten gar nicht das juristische Hinderniß einer zwischen ihnen und dem **proximus agnatus** stehenden Person vorhanden war. —

Der Prätor that es dennoch nicht, er schuf für sie, wie wir sehen werden, lieber eine eigene, auf andere Grundlagen gebaute Klasse, und ein Gleiches hätte er thun müssen, wenn er den Gentilen in unserem dritten Fall ein Erbrecht hätte zutheilen wollen. Es ist ja auch ein Widerspruch im Worte, dessen sich doch der Prätor unmöglich schuldig machen konnte,

daß er sie als **legitimi** gerufen hätte, welche hier gerade nicht **legitimi** sein konnten.

Daß es aber dem Prätor nicht einfallen durfte, noch eine eigene Klasse für die Gentilen aufzustellen, denen entferntere Agnaten vorstanden, das wird sich im Anfange des zweiten Buches leicht darthun lassen. Und dort wird es überhaupt sich erst recht klar zeigen, wie die hier aufgestellte Ansicht über die beschränkte Zulassung der Gentilen, nicht allein nicht eine undenkbare, sondern, däucht mich, eine nothwendige ist, um die weitere Ausbildung des Systems der **b. p.** zu erklären.

Hier bleibt mir nur noch übrig, nach Analogie des bei der **b. p. unde agnati** Ausgeführten (s. den vor. §. am Ende), Einiges über die bedingenden Beweise zu bemerken, welche der Prätor ebensogut von den Gentilen, als von allen übrigen Nachsuchenden, gefordert haben wird. Da ich annehme, daß beim Vorhandensein von Agnaten mehrer Grade kein Gentile zugelassen werden konnte, so muß auch die Bescheinigung, daß dies nicht der Fall sei, bei der Agnition geliefert geworden sein, wogegen, wenn man wußte, daß nur ein Agnat vorhanden sei, natürlich nicht dargethan zu werden brauchte, er habe die Erbschaft ausgeschlagen.

Gleichmäßig müssen wir aber auch nach dem oben Gesagten annehmen, daß die Gentilen zu beweisen hatten, es sei der Erblasser als **civis Romanus** und **suae potestatis** gestorben, sowie daß der Nachsuchende mit ihm im Gentilitätsverbande gestanden habe [13]).

Andere, den bei der **b. p. unde agnati** bemerkten analoge Fälle dagegen werden in das Gebiet der vernichtenden Beweise gezählt worden sein.

13) Es ist hier nicht der Ort zu untersuchen, welchen Personen von denen, die überhaupt zu einer gens gezählt wurden, Successionsrecht zugestanden worden sei. Wir dürfen uns hier damit begnügen, daß jedenfalls der Prätor sie ebenso rief, wie das Civilrecht. Wie aber dies Civilrecht hier lautete, ist denn freilich nicht so leicht und einfach zu beantworten.

Drittes Kapitel.

Objective in der bonorum possessio enthaltene Rechte.

§. 35. In dem vorigen Kapitel sind die beiden Fragen erörtert worden, wie der Prätor den wahren **heres** zur Agnition der **b. p.** zu bewegen suchte, und wem er bei dessen Säumigkeit das Recht der **successio** gegeben habe. Es knüpft sich nothwendig daran die dritte Frage, welche Rechte diesem **successor** zugestanden worden seien?

Schon in der Art, wie wir diese Frage stellen, liegt die Annahme des Falles, daß ein wahrer **heres** in der, oder einer der vorhergehenden Klassen vorhanden ist, oder wenigstens beim Tode des Erblassers vorhanden war, und die ihm gesetzte Frist nicht benutzt hat, — so daß der, welcher die **b. p.** agnoscirt, nicht wahrer, sondern nur fingirter **heres** ist, Präsumtion und Wirklichkeit also auseinander fallen. Es versteht sich von selbst, daß da, wo der **b. possessor** zugleich **heres** ist, dieser auch alle die Rechte hat, welche wir hier beim **successor**, der nicht zugleich **heres** ist, finden werden. Und man könnte danach der Ansicht sein, daß das hier Abzuhandelnde bereits an die erste Frage des vorigen Kapitels anzuknüpfen gewesen wäre. Allein nach dem im §. 22. Gesagten, daß nämlich die ganze **b. p.** ein wesentlich relatives Verhältniß sei, wird es einleuchten, daß eine andere Darstellung der in der **b. p.** enthaltenen Rechte bei weitem räthlicher sein mußte.

Da nämlich die Grundlage der hier zu erörternden Rechte die Fiction des heres ist, so müssen sie doch offenbar weit anschaulicher durchgeführt werden können, wenn man den lediglich fingirten heres ins Auge faßt, und ihm dann den wahren heres gegenüberstellt.

Letzterer hat für die Nachsuchung der b. p. im Grunde nur wegen der oben dargestellten Punkte ein Interesse. Die hier in Betracht kommenden Rechte konnten ihm nur allenfalls interimistisch nützlich sein; d. h. wenn er nicht gleich sein Civilerbrecht streng beweisen konnte, so mußte es ihm sehr wünschenswerth erscheinen, daß er die Rechte, welche ihm wirklich definitiv zustanden, nun auch bereits ohne jenen strengen Beweis als fingirt Berechtigter ausüben durfte.

Indem wir dies vorausschicken, wird wohl nicht mehr mißverstanden werden können, was wir in der Folge nur dem successor, der nicht zugleich heres ist, zuschreiben werden. Es bleibt hier noch übrig zu entwickeln, in wie viel Punkte dieser vor uns liegende Gegenstand auseinanderzuscheiden ist.

Possessio, ohne weiteren Zusatz, wird bekanntlich von den Römern meist in einer technischen, von der bloßen detentio genau getrennten Bedeutung gebraucht [1]). Wir nennen es den juristischen oder den Interdictenbesitz, weil bestimmte Interdicte zum Schutze desselben gegeben sind.

Diese technische possessio geht in ihrer normalen Gestalt nur auf körperliche Sachen [2]) und begreift das Vereinigtsein der beiden Erfordernisse des corpus und des animus domini in sich [3]). Sie läßt sich also als die factische Ausübung

---

1) Es ist nicht nöthig, das allgemein bekannte klassische Werk noch besonders zu citiren, auf welches alle ins Gebiet der possessio einschlagenden Untersuchungen, als auf ihren Stützpunkt recurriren müssen, wenn man auch im Einzelnen von des großen Meisters Wege sich entfernen zu müssen glaubt.

2) Fr. 3. pr. de acq. vel am. poss. — „Possideri autem possunt, „quae sunt corporalia."

3) Fr. 8. eod. — „Quemadmodum nulla possessio acquiri, nisi „animo et corpore potest etc."

des **Eigenthumrechtes** definiren. Einestheils findet sich dieses Verhältniß bei dem wahren Eigenthümer, indem es gerade hier in der höchsten Potenz der Rechtmäßigkeit erscheint, so daß es sogar bei einer nur rohen Auffassung der Rechtsverhältnisse mit dem Eigenthume völlig zusammenzufallen den Anschein hat [4]). Indessen läßt sich doch die possessio als ein selbständiges Rechtsverhältniß von der Frage über das Eigenthum trennen (und diese feine Scheidung verdanken wir den Römern), so daß die factische Ausübung des Eigenthumrechtes (corpus und animus domini) auch zu Gunsten der Personen mit Interdicten geschützt sein soll, bei denen es zweifelhaft oder vielleicht ganz entschieden ist, daß sie nicht Eigenthümer seien. Der Grund, um dessentwillen man eine Trennung von der Eigenthumsfrage vornahm, ist ein sehr einfacher. — Man kann unbegründete Eigenmächtigkeiten und Willkührlichkeiten der Menschen nicht gut heißen wollen. Wenn sich eine Sache in der Hand Jemandes befindet, so ist das freilich noch kein Zeichen, daß er ein wahres materielles Recht daran habe. Aber so lange Niemand auftritt, der da beweist, daß ihm selbst dieses wahre Recht an der Sache zustehe, ist auch nicht der geringste Grund vorhanden, sie Jenem wegzunehmen. Warum, das ist die von selbst sich ergebende Frage, soll denn ein Anderer sich ihrer bemächtigen dürfen, welcher doch ein Recht an derselben nicht nachzuweisen vermag?

Die ganze Zeit, in der über das materielle Recht an der Sache noch nicht entschieden werden kann, eben weil der wahrhaft Berechtigte noch nicht hervorgetreten ist, ist ein durchaus negativer Zustand, und da gerade Niemand rechtliche Ansprüche macht, so ist es doch das Natürlichste, daß sie da bleibt, wo sie ist [5]). Es kann also gar nicht darauf ankommen, zu

---

4) Fr. 1. pr. §. 1. eod. — Possessio appellata est — a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit. — Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait, ejusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari coeloque capiuntur, nam haec protinus eorum fieri, qui primi possessionem eorum apprehenderint.

5) Mir kommt dies vor wie der Beweis, daß die Erde, abgesehen von

fragen, ob der einstweilige Besitzer ein materielles Recht an der Sache habe. Und selbst wenn es feststände, daß er sie ganz unrechtmäßig, vielleicht durch Gewalt oder heimlichen Diebstahl in seine Hand bekommen habe, so ist doch daraus unberechtigten dritten Personen noch kein Recht erwachsen, sie ihm wegzunehmen. Indem man ihn in seinem Besitze schützt, thut man das nicht um seinetwillen, es geschieht, damit die Sache sicher an derselben Stelle bleibe, damit nicht durch ein grundloses Fortgehen aus einer Hand in die andere es dahin komme, daß dem endlich auftretenden Berechtigten alle Spur derselben verwischt sei.

Der reine Besitzeszustand ist also die Negation alles materiellen Rechtes an der Sache, und eben deßhalb muß dem Besitzer selbst ein formelles Recht an derselben zugestanden werden, welches er durch Klagen muß verfolgen können. In der Durchführung dieser Klagen darf die quaestio de proprietate (oder überhaupt über materielles Sachenrecht) durchaus nicht eingemischt werden, eben damit man dem dereinst auftretenden wahrhaft Berechtigten nicht vorgreife.

So kann man also allerdings die possessio als ein Recht an Sachen auffassen, aber man muß sie ein formelles, ein interimistisches Sachenrecht nennen [6]). —

---

anderen Himmelskörpern, die sie an sich ziehen, nicht aus ihrer Bahn treten kann. Ein Beweis, der durch die bloße Frage geführt wird, wo soll sie denn hinfallen? — Da sie ebensogut nach oben, nach unten und nach allen Seiten fallen müßte, so bleibt sie ruhig auf ihrem Wege. Fr. 5. pr. in fin. si ususfr. pet. „Quodsi forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.

6) Fr. 1. §. 1. de superfic. — hoc interdictum proponere, et quasi in rem actionem polliceri. Fr. 2. uti poss. — Justa enim an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscunque enim possessor hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. Fr. 36. de a. v. a. poss. — Es wird mir wohl nicht verargt werden, daß ich hier nur in kurzen Zügen so berühmte Punkte berühre, die mir lediglich zur Anknüpfung für das Folgende dienen sollen; daß ich also auf die bekannten Ansichten An=

Es ließe sich hiergegen der Einwurf vorbringen, daß die Römer von der angegebenen Anschauungsweise geleitet (wie sie doch entschieden in dem fr. 2. uti poss. ausgedrückt ist) — darauf hätten gelangen müssen, einem jeden Detentor das Recht des Besitzes zuzugestehen. Allein ein nur geringes Nachdenken führt auf das Unpassende dieses Einwurfs. Die quaestio des Besitzes soll eine von der des Eigenthums separirte sein, der Besitz ist gerade der Zustand, in dem über das materielle Recht an der Sache noch nichts Sicheres feststeht. Wenn aber Jemand eine Sache so detinirt, daß er sein ganzes Recht daran vom Eigenthümer ableitet, so würde hier, wenn er auf die Besitzesklagen Anspruch machen dürfte, in die Verhandlung der Sache nothwendig die quaestio dominii eingemischt werden, da gerade sein ganzes Verhältniß zur Sache auf der Concession des Eigenthümers beruht [7]). So folgt es also, wenn man der possessio ein selbständiges, vom Eigenthum getrenntes Feld überhaupt anweisen will [8]), daß man davon alle Fälle ausscheiden muß, in denen der Detentor sich selbst an den Eigenthümer anlehnt, mit andern Worten, man mußte für die possessio, welche ein durch Klagen geschütztes interimistisches Recht enthalten sollte, nothwendig außer dem körperlichen In=

---

derer nicht weiter eingehe. Ich hoffe, man wird es der Erörterung im Texte ansehen, daß sie nicht so eilig ausgedacht ist, als sie gelesen werden kann.

7) Recht klar ist dies aus dem Beispiele des fr. 19. pr. de a. v. a. p. zu ersehen: Qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit. Quaero utrum desinat possidere, an non? Respondi: in promtu est, ut possidere desierit. — Es sind anfangs alle Erforderniſſe der possessio vorhanden, aber plötzlich wird durch den Pachtcontract das Verhältniß des Eigenthümers eingemischt. Es kann also unmöglich die possessio als ein selbständiges Rechtsverhältniß noch ferner bestehen bleiben. L. 1. C. Comm. de usuc. (7. 30.)

8) Fr. 1. §. 2. uti poss. — Hujus autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate. Aus der Aufstellung der Interdicte ist ja erst, durch die Wissenschaft, die Theorie des Besitzes abgeleitet. Fr. 12. §. 1. de ac. vel am. possess.

nehaben, noch ein zweites juristisches Erforderniß aufstellen, den animus domini [9]).

So ist denn bei der possessio Alles vorhanden, was überhaupt zum Bestehen eines wahren, (wenn auch nur interimistischen) [10]) Rechtes gehört, nämlich die Aufstellung juristischer Erfordernisse für dasselbe, wonach sich sein Entstehen und seine Beendigung richtet, und die Schützung desselben durch Rechtsmittel, die possessorischen Interdikte.

In dieser reinen possessio, die also, weil sie gerade das Unentschiedensein über das Eigenthum enthält, so gut beim Eigenthümer als beim Nichteigenthümer stattfinden kann, lassen sich nun übrigens noch andere Momente hinzufügen, durch deren Hinzutreten noch besondere Rechtsverhältnisse erzeugt werden. Nie indessen, das muß wohl dabei festgehalten werden, wird dadurch eine solche Einheit erzeugt, daß nicht in jedem Augenblick die reine possessio als ein völlig selbständiges, die einmal anerkannten Wirkungen erzeugendes Rechtsverhältniß aufgefaßt werden könnte. Es muß dies nothwendig der Fall sein, da, wie gezeigt ist, die possessio sich sogar in der Hand des wahren Eigenthümers völlig von der quaestio dominii trennen läßt [11]).

---

9) Natürlich können hiergegen nicht die anomalen Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes angeführt werden.

10) Man wird darin keinen Widerspruch finden, daß ein intermistisches Recht ein wahres Recht genannt wird. Man denke an das s. g. dominium, quod resolvitur ex tunc. fr. 66. de rei vind. — Dies interimistische Recht der possessio erhellt sehr deutlich aus einer Stelle Ulpians, worin gerade von einem Interdict die Rede ist, welches das definitive Recht (proprietatis causam) ausnahmsweise in sich faßt. Fr. 1. §. 45. de aqua quotid. et aest. — Meminisse autem debemus in hoc interdicto totam quaestionem finiri assignationis. Non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta (daraus folgt freilich noch nicht, daß die Interdicte bloße Einleitungsverfahren des dinglichen Processes seien), nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet jus assignatum sibi, aut non habet, et interdictum totum finitur.

11) Fr. 3. §. 21. 22. de a. v. a. p. — Genera possessionum tot sunt,

Diese hinzutretenden Momente haben den gemeinsamen Charakter, daß der die Sache Innehabende nicht bloß, wie es die possessio voraussetzt, sich als Eigenthümer gerirt, sondern auch glaubt, er sei in Wahrheit der Eigenthümer, daß er dies aus einem guten Grunde glaubt, welcher nur wegen eines ihm unbekannten und nicht imputabeln Factums ein unrichtiger ist.

Einem solchen **bonae fidei possessor** giebt das Recht, außer dem gewöhnlichen mit der possessio verknüpften Schutze auch noch die Befugniß, die Sache durch Usucapion in sein Eigenthum zu bringen; und zwar war historisch dies combinirte Rechtsverhältniß das frühere, schon dem Civilrechte bekannte, in welchem man dann später, als man erst den Begriff der reinen possessio construirt hatte, denselben vollkommen wieder erkannte. Gerade weil hier die reine possessio in einer Combination mit besonderen civilrechtlichen Erforderniſſen und Wirkungen erscheint, nannte man es die civilis possessio[12]).

Später ging man (durch Einführung der **Publ. act.**) sogar noch weiter, und sah den in conditione usucapiendi Be-

---

quot et causae acquirendi ejus, quod nostrum non sit, veluti pro emtore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo, sicut in his, quae terra mari coeloque vel ex hostibus capimus, vel quae ipsi ut in rerum natura essent fecimus. Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae. Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide aut non bona fide.

12) Es ist gar nicht so schwer, gegen manche Wahrheiten doch immer noch allerlei Zweifelsgründe vorzubringen, aber darum sind sie nicht minder wahr. Es giebt Fragen, die man nicht bloß aus Quellenzeugnissen darf beantworten wollen, sonst würde man z. B. manchen der Niebuhrschen Forschungen wenig Glauben beimessen können. Ich will hier nicht untersuchen, ob sich dies auch auf den vorliegenden Punkt anwenden läßt, ob nicht die Römer mit Nothwendigkeit darauf kommen mußten, die bonae fidei possessio und ihren Gegensatz (der aber noch nicht immer malae fidei poss. ist) als die beiden Hauptspecies der ganzen Lehre zu unterscheiden (s. d. vor. Note) und ob sich dafür nicht ganz von selbst die Terminologie von civilis und naturalis possessio ergab? —

findlichen, gegen Alle außer dem wahren Eigenthümer, als den **fictus dominus** an, indem man die angefangene Usucapion als bereits vollendet betrachtete.

Was hiemit von der **possessio**, d. h. von dem Besitze einzelner körperlicher Sachen festgestellt ist, es fragt sich, ob man es auf die **bonorum possessio** d. h. den Besitz einer **universitas**, übertragen dürfe? —

Wenn uns einestheils die Gleichheit des Namens hierzu leicht verleiten könnte, (ein Punkt, der für Niebuhr die Veranlassung war, die Entstehung der ganzen **bon. poss.** aus der alten **possessio** am **ager publicus** abzuleiten [13]) — so tritt uns doch von der anderen Seite gleich im Anfange des Pandektentitels **de bon. poss.** eine Stelle mahnend genug entgegen, welche uns bei Vergleichungen der **possessio** mit der **bonorum possessio** wohl auf unserer Huth zu sein räth:

> **Fr. 3. §. 1. — Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est; est enim juris magis quam corporis possessio, denique et si nihil corporale sit in hereditate, attamen recte ejus possessionem agnitam, Labeo ait —**

Es versteht sich von selbst, daß Ulpian hier nicht von einer **juris (sc. in re aliena) quasi possessio** spricht, denn diese bezieht sich doch immer auf dingliche Rechte an einzelnen körperlichen Sachen. Ulpian sagt es ausdrücklich, daß sich die **b. p.** gar nicht direkt auf einzelne körperliche Sachen beziehe, sie soll ganz rein die **possessio** eines **jus**, offenbar des **jus heredis**, also des **Erbrechtes** sein [14]).

---

13) Niebuhrs Röm. Gesch. II. 173 ff, (der zweiten Ausg.) III. 37. — S. die Wiederlegung von Fabricius. S. 8 ff. und Danz Rechtsgesch. II. S. 45.

14) Hieraus sieht man, daß der materielle Begriff der b. p. ein noch ganz anderer ist, als Gewährnng der Besitzergreifung für den heres (s. oben S. 97.), daß derselbe vielmehr erst beim successor klar hervortritt, indem die fictio des jus heredis, auf welche Labeo Alles stellt, meist beim wahren heres nicht mehr einzutreten braucht.

Das Resultat ist danach, daß Alles, was in der Lehre von der possessio mit ihrem Gegenstande zusammenhängt, auf die b. p. gar keine Anwendung leidet; daß also nur in Beziehung auf die übrigen Theile der Besitzeslehre überhaupt die Frage entstehen kann, ob sich davon bei der b. p. etwas Gleiches oder wenigstens Aehnliches finde. Nach dem bisher Gesagten ist dies in drei Punkte zu zerlegen.

1) Die possessio ist oben als factische Ausübung des Eigenthumsrechtes definirt worden. Wenn wir nun bei der b. p. den Gedanken an einzelne körperliche Sachen zu verbannen, und als ihren Gegenstand ein jus, nämlich das Erbrecht zu substituiren haben, so werden wir doch, da die b. p. immer noch eine possessio (im weiteren Sinn) sein soll, den übrigen Theil jener Definition beibehalten können. Wir dürfen sie also im Allgemeinen als die factische Ausübung des Erbrechtes auffassen. Darin aber liegt, ebensogut wie bei der possessio ein Eigenthümer vorhanden sein kann, der das interimische Recht des possessor zunichte machen darf, so auch hier ein wahrer heres zu denken ist, der dem einstweilig das Erbrecht Ausübenden mit stärkerem Rechte entgegen zu treten vermag.

Die erste Frage, wenn wir die Rechte des bonorum possessor kennen lernen wollen, muß also das Verhältniß betreffen, in dem er zu diesem ihm gegenüberstehenden heres zu denken ist.

2) Es ist vorher gezeigt worden, daß zu der possessio noch außer ihr liegende Momente hinzutreten können, welche sie zu einer justa machen, und so die Usucapionsbefugniß hervorrufen. Da wir nun aber im vorigen Kapitel gesehen haben, daß die b. p. stets vom Prätor ertheilt wird, so erhebt sich in Folge einer Aeußerung des Paulus: juste possidet qui auctore Praetore possidet [15]) — die Frage, ob die b. p. ebenfalls, als justa possessio, eine Usucapionsbefugniß enthalten habe?

Jedenfalls muß dies zuerst in Bezug auf das jus here-

---

15) Fr. 11. de a. v. a. poss.

dis beantwortet werden, welches ja, wie Ulpian lehrt, der eigentliche Gegenstand der b. p. ist. Indeß, wenn hier, wie wir sehen werden, eine verneinende Antwort gegeben werden muß, so bleibt dann noch eine andere Frage übrig. Ulpian sagt nämlich in dem fr. 3. §. 1. cit. daß direct die b. p. keine corporis possessio sei, indem die Erbschaft gar nichts Körperliches zu enthalten brauche. Aber darin liegt doch, daß sie auch Körperliches in sich fassen könne, und bekanntlich ist dies ja der häufigste Fall. Es ist daher zu untersuchen, ob nicht wenigstens die b. p. in Beziehung auf das etwaige corporale in der Erbschaft eine Usucapionsbefugniß gewähre? Kurz gefaßt sind also bei diesem zweiten Punkte die in der b. p., als einer justa possessio, liegenden Rechte zu erörtern.

3) Aus der ganzen Entwicklung der voraufgehenden beiden Kapitel geht hervor, daß der b. possessor als fictus heres aufgefaßt wird. Da wir nun so eben bemerkt haben, daß auch der bonae fidei possesor einer einzelnen Sache in Folge der Publiciana actio als fictus dominus behandelt wird, so könnte man darauf kommen, daß hier ein innerer Zusammenhang zwischen beiden Instituten vorläge. Indessen leuchtet ein, daß, wenn schon bei dem vorhergehenden Punkte sich beweisen läßt, daß in der b. p. keine Usucapion des jus heredis gelegen habe, auch die ihr inwohnende fictio heredis einen von Grund aus anderen Charakter haben muß, als die fictio dominii bei der Publ. act., welche auf der vollendet gedachten Usucapion ruht. Und das wird denn auch die selbständige Erörterung der in der b. p., als einer fictio heredis, liegenden Rechte zur Genüge ergeben. —

In diesen drei Punkten, deren Wichtigkeit und Umfang freilich sehr verschieden ist, wird das gesammte Gebiet der objectiven in der b. p. enthaltenen Rechte erledigt sein, und wir sehen schon aus diesem Ueberblick, daß der Zusammenhang mit dem Institute der possessio nur sehr gering angeschlagen werden kann. Eben schon um dieses Resultates willen, mußten wir jene Grundzüge der Besitzeslehre voraussenden, welche uns aber auch noch in anderer Beziehung in der Folge von Nutzen sein werden.

I. Verhältniß des bonorum possessor zum heres.

1) Transitorische Fiction.

§. 36. Wir nehmen an, daß ein Civilerbe die ihm in einer bestimmten Frist deferirte bon. poss. nicht agnoscirt hat, und daß sie darauf in einer folgenden Klasse wirklich Jemanmandem ertheilt ist. Alsdann muß jenem heres, der mit seinem Civilrechte sich begnügen wollte, noch durchaus die Befugniß zustehen, dasselbe mittelst der her. pet. gegen den bon. possessor durchzusetzen, und so, freilich auf einem Umwege, wieder zur Erbschaft zu gelangen, welche er durch Einhaltung der ihm gesetzten Frist gleich als bonorum possessor hätte erlangen können.

Es ist dies Verhältniß oben bereits als ein Hauptpunkt bei der b. p. angegeben worden. Der Prätor wollte freilich nicht mehr von der Säumigkeit des heres abhängig sein, er wollte einen Anderen an dessen Stelle berufen können, aber dieses successive Eintreten eines non heres sollte das Recht des wahren Erben nicht, wie es die alte pro herede usucapio mit sich geführt hatte, vernichten, es sollte nur die transitorische Fiction eines heres gewähren, an den sich namentlich die Creditoren sogleich halten könnten.

Sehr natürlich mußte sich für diese, ganz dem Willen des Prätors gemäße Hinwegräumung des b. possessor durch die her. pet. ein technischer Ausdruck bilden. Man nannte es die b. p. sine re, welche Gaius III. 35—38 weitläuftig beschreibt, so daß ich durch Anführung seiner Worte aller weiteren Beispiele überhoben werde:

> Ceterum saepe quibusdam ita datur b. p., ut is cui data sit, non obtineat hereditatem: quae bon. poss. dicitur sine re, nam si verbi gratia jure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo quod jure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bon. possessionem; sed sine re ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit.

Idem juris est, si intestato aliquo mortuo suus heres noluerit petere bon. possessionem, contentus legitimo jure: nam et agnato competit quidem bonorum possessio, sed sine re, cum evinci hereditas a filio herede possit; et illud convenienter dicetur, si ad agnatum jure civili pertinet hereditas, et hic adierit hereditatem, sed bonorum possessionem petere noluerit, etsi quis ex proximis cognatis petierit, sine re habebit bonorum possessionem propter eandem rationem. — Sunt et alii quidam similes casus, quorum aliquos superiore commentario tradidimus.

Die Fälle, auf die Gaius hier zuletzt verweist, können wir hier noch nicht in Betracht ziehen, so wie wir ja schon in dem Angeführten sehen, daß er über den Kreis der dem Civilrecht bekannten Klassen, von dem wir hier reden, hinausgeht. Indeß leuchtet ein, daß Gaius alle erwähnten Fälle als gleichartig behandelt, so daß also, was wir als Princip der b. p. sine re bei den civilen Erbklassen anzuerkennen haben, auch bei einer späteren durch den Prätor bewirkten Vermehrung der ordines nicht verändert sein kann.

Dieses Princip nun, nach welchem die b. p. zur sine re wird, ist folgendes:

jeder zu einer civilrechtlichen Klasse Gehörige geht einem bon. possessor vor, der aus einer späteren Klasse, als in der Jener steht, die b. p. agnoscirt hat [1]).

Damit ist indeß die Frage noch nicht entschieden, welche Reihenfolge der Erbklassen hier die maaßgebende sei, ob die civilrechtliche oder die prätorische? Und bekanntlich hat Hugo

1) Ulp. fr. XXIX. 13. — Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re, — sine re, cum alius jure civili evincere hereditatem possit: veluti si suus heres intestati sit, bonorum possessio sine re est, quoniam suus heres evincere hereditatem jure legitimo possit. — Ebenso ist das Verhältniß zwischen einem heres und einem b. possessor, die in derselben Klasse neben einander stehen, denn hier geht der heres dem bon. poss. in Beziehung auf seine Quote vor.

in seiner Doctordissertation dies dahin beantwortet, daß es auf die Ordnung des Prätors ankomme, was, nachdem es anfangs allgemein als richtig anerkannt war, neuerdings wieder angefochten ist.

Offenbar ist es für die anfängliche Zeit, in der die b. p. nichts als eine successio unter den civilrechtlichen ordines war, ganz einerlei, ob man sagt, der Prätor habe die Klassenordnung des Civilrechts oder seine eigene befolgt. Und dasselbe muß auch für die Zeit gelten, welche wir im Anfange des nächsten Buches darstellen werden, wo der Prätor supplendi jur. civ. gratia neue Erbklassen hinter den civilrechtlichen ordines aufstellte, denn der, welcher die b. p. zur sine re macht, muß doch immer ein vom Civilrecht Berufener sein. Es kommt hier also stets auf die civilrechtliche Reihenfolge der Klassen an, welche der Prätor noch immer vollkommen anerkennt. — Erst als er corrigendi jur. civ. gratia mit einigen ordines dem Civilrecht entgegentrat, scheidet sich die Reihenfolge, indem der Prätor nun den heredes, welchen er die neuen Klassen vorzog, nothwendig die her. pet. nicht mehr gegen Letztere zugestehen konnte, so daß sie also die ertheilte b. p. auch nicht mehr zur sine re zu machen vermogten. — Für diese ausgedehnteste Gestalt der b. p. ist es allerdings das Bequemste, das Princip der b. p. sine re mit Beziehung auf die Prätorische Reihenfolge der Erbklassen aufzustellen, obgleich freilich, abgesehen von den das Civilrecht corrigirenden Theilen der b. p., der Prätor seine eigene Reihenfolge nur deßhalb befolgte, weil sie die des Civilrechts war. —

Daß aber gegen dieses Princip nicht die Gründe vorgebracht werden dürfen, welche Fabricius es zu verlassen bewogen haben, ist bereits in meiner historia bonorum possessionis nachgewiesen worden, und davon wird auch noch in der Folge die Rede sein.

---

§. 37. Nach dieser allgemeinen Darstellung, wie die bonorum possessio zur sine re werden könne, müssen die einzelnen Folgerungen, welche sich aus dem Gesagten ableiten lassen, genauer ins Auge gefaßt werden:

1) Eine bonorum possessio sine re ist von Grund aus verschieden von den oben häufig erwähnten Fällen, wo die b. p. als **non data** angesehen wird [1]. Bei dieser Letzteren sind, wie das aus unserer früheren Ausführung genügend hervorgegangen sein wird, die Voraussetzungen und Präsumtionen nicht eingetroffen, mit denen der Prätor, wenn sein Institut ein practisch brauchbares sein sollte, nothwendig sich in vielen Punkten begnügen mußte. Aber das Zerfallen jener Präsumtionen mußte auch von selbst das Resultat herbeiführen, als wenn in diesem Falle eine b. poss. nie ertheilt worden wäre. — Bei der b. p. sine re dagegen ist gerade Alles erreicht, worauf der Prätor hauptsächlich ausging. Es ist eine Zeit lang ein **fingirter** heres vorhanden gewesen, der den Creditoren und Pontifen gegenüberstand, und es ist nun doch die Erbschaft an den wahren heres gelangt, so daß also das öffentliche und das Privatinteresse gleichmäßig ihre Befriedigung erhalten haben. — Da es aus dem innersten Wesen des Erbrechtes folgt, daß, sobald einmal das jus heredis feststeht, es nicht mehr von dem Berechtigten wieder abgetrennt werden kann [2], so ergiebt sich auch, daß, nachdem eine b. p. sine re geworden, also der heres seine her. pet. durchgesetzt hat, natürlich nicht mehr von einer nochmaligen Ertheilung der b. p. an eine folgende Klasse die Rede sein kann [3]. Es wäre ein

---

1) S. oben §. 28.

2) Wie wir sagen: semel heres, semper heres.

3) Das allgemeine Princip ist, daß, wenn einmal eine **gültige** b. p. agnoscirt worden, sie keinem andern ordo mehr deferirt werden kann; fr. 42. §. 1. de bon. libert.; es ist dies jener in der vorigen Note angedeutete Satz des Civilrechts, den der Prätor auch für seinen fictus heres unbedenklich anerkennen mußte. Ja wir sehen ihn daran so streng festhalten, daß, wenn auch der bon. possessor aus **anderen** Gründen (d. h. nicht denen, welche die b. p. als non data erscheinen lassen) wieder wegfällt, doch von einer ferneren Delation der b. p. nicht die Rede sein kann. Fr. 2. de succ. ed.: Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii non habuit, quum prior ex propria parte possessionem accepisset. Nec ad rem pertinuit, **quod abstinendi facultatem ob auxilium aetatis prior cognatus acceperat.** Igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit. — Wenn hier sogar der

unnützes Spiel mit Rechtsinstituten, da noch einmal einen fingirten heres zu constituiren, wo der wahre bereits gefunden ist. Dagegen bei der b. p., quae data non intelligitur, muß, weil der Prätor noch nicht erreicht hat, was er mit der b. p. erlangen will, nothwendig die Delation auf den folgenden ordo übergehen.

Beide Arten, wie die b. p. vernichtet wird, lassen sich also in dem Verhältniß auffassen, in welchem das, quod ab initio nullum est zu dem steht, quod sub conditione resolvitur.

2) Hiermit steht ein anderer Punkt in enger Verbindung. Die b. p. sine re setzt immer einen mit der hereditatis petitio auftretenden Civilerben voraus, also einen wahren Erbschaftsproceß, während sie nicht daraus hervorgehen kann, daß man überhaupt weiß, es sei noch ein voranstehender Civilerbe vorhanden. Bei der b. p., quae data non intelligitur, muß man, wie oben erörtert ist, annehmen, daß eine jede ganz außer den Gränzen eines Processes dem Prätor gegebene Ueberzeugung des vernichtenden Grundes vollkommen genügte, ebensogut wie die Erlangung dieser Ueberzeugung vor dem Nachsuchen der b. p. überhaupt die Ertheilung derselben unmöglich machte.

3) Durch diese nothwendige Voraussetzung eines Erbschaftsstreites werden wir darauf geführt, auf die weiteren Wirkungen desselben, namentlich die Restitutionsverbindlichkeit des Beklagten noch specieller einzugehen.

Die her. pet. war, wie oben nachgewiesen ist, aus der älteren Gestalt der pro her. usuc. hervorgegangen. Weil die wichtigste Folge derselben war, daß dem heres dadurch sein Erbrecht entzogen wurde, so mußte es auch eine Klage geben, welche direkt auf Abwendung dieses Verlustes, also auf Anerkennung des klägerischen Erbrechtes von Seiten des Beklagten, gerichtet war, und nur mittelbar die Restitution der

---

Fiscus dem entfernteren Cognaten vorgeht, so muß doch gewiß der wahre heres, der die b. p. zur sine re gemacht hat, allen weiteren Graden der b. p. im Wege gestanden haben! — Die Entschiedenheit der Regel bestätigt sich auch durch die Art, wie in fr. 1. §. 1. ut ex legib. eine ganz anomale Ausnahme vorgetragen wird.

vom Bekl. besessenen res hereditariae betraf. — Seit der zweiten Periode der pro her. us., als sie noch eine Erwerwerbung der einzelnen Erbschaftssachen gewährte, trat nun eigentlich die hered. pet. in ein schiefes Verhältniß, indem das Erbrecht, auf welches ihre Intentio gerichtet ist, jetzt gar nicht mehr durch den Besitzer der res hereditariae verletzt wird. Es könnte also scheinen, daß man nun zu den einzelnen Vindicationen und persönlichen Klagen hätte zurückkehren müssen, welche vor Einführung der pro her. us. allein bestanden hatten. Daß man indessen doch die einmal bestehende Klage ganz mit ihrer bisherigen Natur fortleben ließ, dafür läßt sich ein völlig hinreichendes praktisches Bedürfniß nachweisen.

Die einzelnen Vindicationen mußten, als es noch keine pro herede usucapio gab, genügend erscheinen, da ein Verlust der Erbschaftssachen durch die regelmäßige Usucapion, wie das oben gezeigt ist, nur sehr selten vorgekommen sein kann. Es war also der Erbe meist gar nicht durch kurzen Zeitablauf bei der Einforderung der Erbschaftssachen gedrängt, und so war kein Bedürfniß vorhanden, eine Universalklage an die Stelle der Cumulation einzelner Vindicationen treten zu lassen, durch welche in Eins die Restitutionsverbindlichkeit aller vom Bekl. besessenen Erbschaftssachen juristisch festgestellt würde. Während der zweiten Periode der pro her. us. war dagegen dies Bedürfniß ein äußerst dringendes. Es gab jetzt einen Weg, die Erbschaftssachen ohne eine durch justus titulus gerechtfertigte bona fides in sein Eigenthum zu bringen. Es geschah dies in der kurzen Zeit eines Jahres. So konnte man also bloß dadurch, daß man die Sachen dem heres in dieser Frist geheim hielt, denselben um sein Eigenthum bringen, ja das Gebiet der pro her. us. ging noch weiter, sie befreite auch den in einem Jahre nicht zahlenden Schuldner. Es mußte sehr häufig vorkommen, daß der Erbe die einzelnen Sachen gar nicht benennen, die Schuldposten nicht specificiren konnte, welche ihm irgend Jemand vorenthielt, daß er also keine Singularvindicationen und persönliche Klagen gegen ihn anzustellen vermogte, und so würden ihm also nach Ablauf des Jahres diese Theile der Erbschaft ohne Rettung verloren gewesen sein.

Die her. pet. bot hier die von selbst sich ergebende Aus-

hülfe, und so kommt es, daß wenn auch das, worauf sie eigentlich gerichtet ist, gar keiner gerichtlichen Verfolgung mehr bedurfte [4]), man sie dennoch auch in der zweiten Periode der pro herede usucapio unverändert fortbestehen ließ. Der eigentliche Zweck, um dessentwillen man die her. pet. anstellte, war nun allerdings Herausgabe des zur Erbschaft Gehörigen, aber weil das oft nicht vom Kläger angegeben werden konnte, ließ man (gleichsam als incerta intentio) denselben noch ebenso wie bisher Anerkennung des Erbrechts fordern, woraus von selbst das folgte, was der Kläger im Grunde erlangen wollte, nämlich die Herausgabe alles zur Erbschaft Gehörigen, mogte nun der Kläger gewußt haben, daß es sich beim Bekl. befinde oder nicht. — Jetzt trennen sich also die eigentliche wahre Intention des Klägers und das juristische Gewand, in welches sie gekleidet ist. Jene, um besser realisirt werden zu können, ist zu einer Folgerung aus dem juristischen Gegenstande der Klage herabgesunken.

Wie nun ist diese Restitution der Erbschaft von Seiten des Bekl. zu beschaffen? Darf hiebei ein Unterschied der Haftverbindlichkeit für den bonae und malae fidei possessor angenommen werden?

Offenbar muß für die zweite Periode der pro herede usucapio dasselbe geantwortet werden, was für deren erste Periode galt. Da in Folge der Rechtsregel es einem Jeden frei stand, Erbschaftssachen in Besitz zu nehmen, so lag darin schon die nöthige bona fides, also es konnte nicht weiter darauf ankommen, ob der Besitzer (fälschlich) glaubte, er sei Erbe oder nicht. Der Unterschied von pro herede oder pro possessore possidens kann sich immer nur auf das verschiedene Vorbringen des Bekl. im Proceß bezogen haben, was aber auf dessen juristische Stellung keinen weiteren Einfluß äußerte. Erst als die pro her. us. ihre dritte Periode

---

4) Dadurch unterscheidet sie sich also jetzt wesentlich von der Singularvindication, welche nothwendig auf Anerkennung des Eigenthums (rem meam esse) gerichtet sein muß, weil von Seiten des Bekl. ein Usucapionsbesitz vorhanden sein kann, der nur dadurch, daß der Bekl. das Eigenthum des Klägers anerkennt, unschädlich gemacht wird.

begann, d. h. seit dem Hadrianschen Sct. [5]), welches die Revocabilität der pro her. usuc. durch die her. pet. bestimmte, erst jetzt konnte sich der Besitzer nicht mehr damit entschuldigen, daß die Besitznahme der Erbschaftsgüter einem Jeden erlaubt sei, es mußte also nun der Unterschied von Bedeutung werden, ob er in anderer Weise seinen Besitz rechtfertigen könne oder nicht, ob er also bonae oder malae fidei possessor sei. Es wurde dies zuerst in dem s. g. Juventianischen Sct. [6]) in Beziehung auf einen einzelnen Fall ausgesprochen, aber da jenes andere Sct. mit Nothwendigkeit darauf führte, so war es sehr natürlich, daß die Wissenschaft sich der darin enthaltenen Principien bemächtigte, und, durch Anwendung derselben auf jede her. pet., dieser eine vielfach andere Gestalt gab [7]). Leicht erklärlich ist es dabei, daß man jetzt den bisher in anderer Bedeutung gebrauchten Ausdrücken: pro herede und pro possessore possessor den Sinn von bonae und malae fidei possessor beilegte, und jedenfalls mußte der b. possessor zu den pro herede possidentes gerechnet werden [8]), während er bisher vielleicht gar nicht oder wenigstens in ganz anderem Sinne mit diesem Ausdrucke bezeichnet worden war [9]).

---

5) Gai. II. 57.

6) Fr. 20. §. 6. de her. pet.

7) Es wird vielfach angenommen, daß dies s. g. Juventianische Sct. mit jenem von Gaius erwähnten eins und dasselbe sei. (S. Arndt's Beiträge I. S. 81. Note 146). Möglich ist diese Ansicht allerdings vollkommen, da beide im Principe genau zusammenhängen. Aber sie ist auch nicht nöthig, und die Sache bleibt dieselbe. Freilich muß man wohl, wenn man zwei verschiedene Scta annimmt, das von Gaius erwähnte aus dem im Text angegebenen Gründen für das frühere halten, obgleich sich auch umgekehrt die Sache sehr gut erklären läßt. — Daß es zwei Scta gewesen, dafür spricht, daß einestheils in fr. 20. §. 6. cit. des Sct. vollständig mitgetheilt zu sein scheint („verbis ejus relatis") und anderntheils würde Gaius wohl nicht so allgemein sagen: Sctum factum est, ut tales usucapiones revocarentur, wenn dasselbe, von einem singulären Fall sprechend, erst von den Juristen auf alle hereditatis petitiones ausgedehnt worden wäre.

8) Fr. 11. pr. de her. pet.

9) Es ist nicht Einer, qui putat se heredem esse, sondern qui dicit se loco heredis (pro herede) possidere.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß vor dem Hadrianschen Sct. die Restitutionsverbindlichkeit des b. possessor durchaus unter denselben Regeln stand, als die eines jeden pro herede Usucapirenden; welches aber diese Regeln gewesen seien, ist für uns sehr schwer zu bestimmen, da die Erörterung unserer Quellen durchgehends das neuere Recht nach dem Sct. im Auge hat. Was sich davon noch construiren läßt, ist in der trefflichen, schon öfters angeführten Abhandlung von Arndts ausgeführt, (S. 60—75) auf welche ich daher hier verweisen kann.

Daß die her. pet. außer auf die noch vorhandenen Erbschaftssachen auch bereits auf Restitution des Preises für veräußerte Sachen, der Früchte, und auf Ersatz des durch wahren dolus verursachten Schadens ging, sehen wir aus der Art, wie Ulpian die Interpretation des Sct's. einleitet [10]). Und außerdem hatte der possessor Sponsion zu stellen, daß er sich gehörig auf den Streit einlassen wolle, — wo nicht, so wurde der Besitz mittelst des Int. quam hereditatem auf den Kläger übertragen [11]). Hiervon wird gerade, wie schon Huschke bemerkt [12]) jenes zweite Kapitel im Prätorischen Edict: si possessor sponsionem von faciet gehandelt haben, welches gleich auf das erste die verschiedenen Klassen enthaltende Kapitel: si de hereditate ambigitur folgte, und das dann Verres,

---

10) Praeter haec multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, et de distractis rebus hereditariis, et de dolo praeterito, et de fructibus, de quibus, quum forma Senatusconsulto sit data, optimum est ipsius Scti interpretationem facere. — Offenbar ist mit den Worten: de dolo praeterito nicht jeder pro herede Usucapient gemeint. Vergl. außerdem des Labeo, Cassius und Proculus Ansichten in fr 18. pr, 31. §. 5 und 36 pr. de her. pet.

11) Davon spricht das bekannte von Endlicher neuerdings entdeckte Fragment aus Ulpians Institutionen: Quaedam interdicta sunt tam adipiscendae, quam reciperandae possessionis, qualia sunt interdicta: quem fundum et quam hereditatem, nam si fundum vel hereditatem ab aliquo pe'am, nec lis defendatur, cogitur is ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem.

12) Richtersche Jahrb. 1839. S. 10.

wie oben gezeigt ist, mit diesem vorhergehenden Titel zusammengeworfen hatte (s. §. 24. hinter Note 12). Wenn dem so ist, so charakterisirt sich dadurch die ursprüngliche Absicht des Prätors bei Ertheilung der b. p. vollkommen, indem er gleich nach Festsetzung der Klassen zuerst vom Falle der b. p. sine re spricht. Denn er ging ja gerade darauf aus, daß trotz dieser transitorischen Fiction eines heres, dennoch der wahre Civilerbe auf Umwegen sollte zur Erbschaft gelangen können.

4) Ebenso gut wie der Bekl. dem Kläger Sponsion zu leisten hatte, so scheint auch dem Kläger gegen den Bekl. eine Cautionsstellung obgelegen zu haben. Mir ist dies aus einem Ciceronischen Briefe wahrscheinlich geworden.

Cicero schreibt an den Servius (ad div. XIII. 28.):

> Sed duo quidem te nominatim rogo: primum ut si quid satisdandum erit: amplius eo nomine non peti, cures, ut satisdetur fide mea. Deinde quum fere consistat hereditas in iis rebus, quas avertit Oppia, quae uxor Mindii fuit: adjuves ineasque rationem, quemadmodum ea mulier Romam perducatur. Quodsi putarit illa fore, ut opinio nostra est, negotium conficiemus. Hoc ut assequamur, te vehementer etiam atque etiam rogo.

Die beiden Bitten, welche hier Cicero an den Servius richtet, müssen wohl, wie das die ganze Wortfassung mit sich bringt, eine und dieselbe Sache betroffen haben. Cicero sagt selbst negotium conficiemus, also das Ganze muß doch ein und dasselbe Geschäft gewesen sein.

Wenn wir dies annehmen, so läßt sich folgender Fall construiren. Mindius ist gestorben, und seine Frau Oppia hat den größten Theil seiner Erbschaft, als pro herede Usucapientin in Besitz genommen. Diese Erbschaft soll jetzt von ihr abgefordert werden, und Servius sie bewegen, um dieses Processes willen nach Rom zu kommen (von wo aus Cicero schreibt). Vor Anstellung dieser her. pet. bedarf es aber der satisdatio: amplius eo nomine non peti; und aus den Worten läßt sich ungefähr ableiten, was der Sinn dieser zum Schutz des zu Belangenden bestellten Caution gewesen sei.

Die her. pet. geht auf Anerkennung des klägerischen

Erbrechtes und danach auf Herausgabe der Erbschaft. Aber der Bekl. will auch, wenn diese Restitution beschafft ist, liberirt sein, er will nicht (so weit er nicht durch offenbare Verschuldung verantwortlich wird) durch die Besitznahme der Güter positiv ärmer werden. Davor muß ihn der Kläger schützen, er muß dem Bekl. namentlich caviren, daß nicht etwa noch ein anderer Kläger später auftrete, der ein besseres Erbrecht beweist, und nun vom Bekl. die Erbschaft fordert, welche er unbefugterweise einem Dritten herausgegeben habe.

5) Aus der bisherigen Darstellung der **b. p. sine re** läßt sich nun noch ein Punkt erklären, der bisher vielfache Bedenken erregt hat. Wenn es richtig ist, was wohl nicht bezweifelt werden darf (s. oben Note 3.), daß der Prätor keine **b. p.** mehr ertheilte, sobald bereits eine früher agnoscirte durch Anstellung der **her. pet.** zur **sine re** geworden war, so kann es uns auch nicht Wunder nehmen, wenn wir finden, daß der Prätor sie ebenfalls nicht mehr gab, sobald es schon vollkommen feststand, daß sie zur **sine re** werde gemacht werden. In Folge des von uns aufgestellten Princips muß dies vielmehr als etwas sich von selbst Ergebendes erscheinen, indem es danach vorzüglich die Absicht des Prätors war, einestheils den **heres** sobald als möglich antreten zu lassen, und anderntheils nur, wo dieser zögerte, zu der Constituirung eines **fictus heres** zu schreiten. Wenn also der wahre **heres** sogleich die **hereditatis aditio** vornahm, so war ja eingetreten, was der Prätor erreichen wollte, und sollte es hier nicht ebenso ein unnützes Spiel mit Rechtsinstituten gewesen sein, wenn er nun doch noch dem folgenden **ordo** die **b. p.** gegeben hätte, wie dies anzunehmen ist, wenn einer frühern zur **sine re** gewordenen **b. p.** noch eine andere gefolgt wäre?

Man wolle mir hier nicht meine eigenen früheren Worte einwerfen (§. 19. im Anfang) daß der Prätor die civilrechtliche **her. aditio** für sein Institut nicht für genügend habe erkennen können, sondern daß er eine vor seiner (des Prätors) Person vorgenommene Erbschaftsantretung habe verlangen müssen. — Allerdings war dies als die Regel nothwendig hinzustellen, weil darin allein das Mittel lag, daß der Prätor es sicher erfuhr, der **heres** habe den entschiedenen Willen, sich

der Erbschaft anzunehmen [13]). Aber es ist eben die Frage, wenn auf andere Weise es dem Prätor sicher bekannt geworden war, der berufene heres habe sich bereits der Erschaft angenommen, ob er dann nicht von jener Formalität, daß der Erbe nochmals vor seiner Person die her. ad. vornähme, abgesehen habe? Es wäre allerdings möglich, daß er an der einmal verlangten Formalität streng festgehalten, aber soll man es nicht dem Geiste des Prätorischen Edicts für weit gemäßer halten, daß, wo bereits feststand, was der Prätor erreichen wollte, er nun auch nicht mehr an leeren Formen klebte? — So kann man auch nicht entgegnen, daß alsdann der Prätor, wenn er wußte, es sei ein suus vorhanden, nie den folgenden Graden eine b. p. habe geben können, weil ja beim suus keine weitere Antretung nöthig sei. — Dieser suus konnte sich noch immer den Creditoren entziehen wollen, er konnte ein beneficium abstinendi erbitten, es lag also sein entschiedener Wille, sich der Erbschaft anzunehmen, noch nicht vor; und so konnte auch der bloße Umstand, daß ein suus vorhanden sei, den Prätor noch nicht verhindern, die b. p. weiter zu deferiren.

Dagegen wenn der suus sich immiscirt hatte [14]), und dies dem Prätor bekannt war, so stand er nun dem extraneus heres, welcher angetreten hat, vollkommen gleich, und wenn in dem letzteren Fall der die Antretung wissende Prätor die weitere Ertheilung verweigerte, so muß er es auch in jenem ersteren gethan haben.

Es mag Manchem das hier Gesagte nicht einleuchten wollen, weil Alles dabei auf das Wissen oder Nichtwissen

---

13) Hierdurch läßt sich erklären, daß die b. p. auch durch Stellvertreter agnoscirt werden kann. Fr. 2. §. 7. de b. p. Der Prätor wollte nur sicher erfahren, daß der heres die her. aditio vorgenommen habe. Diese liegt aber schon in der Erklärung an den Stellvertreter, der sie dann also auch dem Prätor hinterbringen konnte. Und was so für den wahren heres galt, mußte natürlich auch für die gelten, welche heredes sein würden, wenn Jener nicht vorhanden wäre; mit andern Worten, die Agnition durch Stellvertreter mußte allgemeine Regel der b. p. werden.

14) Oder in dem fr. 12. pr. de interrog. in jure erwähnten Falle.

des Prätors gestellt ist, weil also nicht bloß von juristischen Regeln, sondern von factischen Verhältnissen und den zufälligen Erkundigungen des Prätors das Ertheilen oder Nichtertheilen der b. p. abhängig gemacht wird. Und doch ist man gewöhnt, die b. p. als ein Institut anzusehen, welches ganz abgesondert vom Civilrecht bestanden und darauf nur Rücksicht genommen habe wenn der heres mit der her. pet. aufgetreten sei, als ein Institut, welches auch in sich selbst unter genaue juristische Regeln gebracht sei, so daß dabei eine dem Prätor von außen her gebrachte Kunde gar keine Wirkung habe äußern können, und wohl oft der Fall möglich gewesen sei, daß in Folge jener Regeln der Prätor etwas thun mußte, bei dem er schon vorher einsah, er thue etwas Unnützes.

Allein man möge wohl prüfen, ob dieser von der heutigen Stellung unserer Richter entlehnten Anschauung [15]) in der Römischen Welt ein Platz anzuweisen sei. Der Prätor verfährt bei den Ertheilungen der b. p. nicht innerhalb der Schranken eines Processes, er will die Erbschaftsangelegenheiten so bald und so passend als möglich in Ordnung bringen, und er denkt sich dabei keineswegs als außer dem Gebiet des Civilrechts stehend. Nur wo in Einzelnem es ihm nicht genügend scheint, geht er wohl davon ab, aber im Ganzen versteht es sich von selbst, daß er sich, wo kein Grund zur Abweichung vorliegt, demselben durchaus unterzuordnen hat, da es einmal das positive Recht im Staate ist.

Soll sich nun der Prätor durch selbstgeschaffene Regeln so den Weg verbaut haben, daß, was nach Civilrecht bereits in Wirksamkeit getreten war, und was er selbst gerade befördern wollte, er dafür nur noch weitere unnütze Formalitäten fordern mußte, daß er — da doch von einem Proceß und processualischen Beweisregeln hier nicht die Rede ist — dennoch sich nach bestimmten formellen Regeln zu richten hätte, und seine Kenntniß von der Lage der Erbschaftsangelegenheit nicht zu deren baldigen Feststellung benutzen durfte?

Es wird schon aus unserer obigen Entwicklung der b. p.

---

15) „Quod non est in actis, id nec est in mundo."

secundum tabulas eingeleuchtet haben, daß für die Ertheilung und das Hinwegfallen derselben die beim Prätor vorhandene Kenntniß von Vernichtungsgründen des Testaments von entscheidender Wichtigkeit war. Hier haben wir einen ähnlichen Fall vor uns, der freilich durch jene Gestalt der secundum tab. b. p. noch nicht bewiesen wird, weil er damit überhaupt nicht zusammenhängt, dem aber doch, durch Anführung eines ähnlichen Falles, die dagegen herrschenden Vorurtheile vorweggeräumt werden können. —

Nun erst soll die Stelle angeführt werden, um derentwillen Alles Bisherige vorausgeschickt ist:

> Fr. 2. si tab. test. nullae. (38. 6.) — Emancipatus praeteritus, si contra tabulas bonorum possessionem non acceperit, et scripti heredes adierint hereditatem, sua culpa amittit paternam hereditatem; nam quamvis secundum tabulas bon. poss. petita non fuit, non tamen Praetor eum tuetur, ut bon. possessionem accipiat unde liberi. Nam et patronum praeteritum, si non petat contra tabulas b. possessionem, ex illa parte edicti, unde legitimi vocantur, non solet tueri Praetor adversus scriptos heredes.

Hugo bemerkt zu dieser Stelle [16]), daß es doch nicht wahrscheinlich sei, der Prätor habe die b. p. verweigert, wo sie wegen der hereditas offenbar nichts half. Aber diese vorausgesetzte Unwahrscheinlichkeit glaube ich im Bisherigen wankend gemacht zu haben; und was nun die Worte selbst betrifft, so gebe ich gern zu, daß sie nicht nothwendig meine Vermuthung bestätigen, wenn man nämlich „ut" in dem Sinne von utut nimmt; indeß räumt doch auch wieder Hugo ein, daß Julian allerdings „etwas Besonderes" damit gemeint haben könne.

Wenn wir nun aber nicht mehr gegen eine Unwahrscheinlichkeit zu kämpfen haben, und im Gegentheil vielleicht Gründe der Wahrscheinlichkeit für unsere Vermuthung anzuführen ver-

---

16) R. G. S. 606. Note 2.

mogten, so ist es dann doch das Natürlichste, daß wir das Wörtchen ut in seiner gewöhnlichen Bedeutung nehmen. Damit enthielte denn unsere Stelle die vollkommene Bestätigung unserer Ansicht, daß der Prätor, wenn die voraufgehende Civilerbklasse auch nur die **hereditatis aditio** vorgenommen hat, und, versteht sich, dem Prätor dieses Faktum sicher bekannt ist, er nicht weiter noch der folgenden Klasse eine b. p. ertheilt, weil sie doch jedenfalls sine re werden würde.

Es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß ich nun nicht Stellen, wie Gai. III. 36., als Gegenbeweis gelten lassen kann, wo von einer gar nicht, oder nicht sicher zur Kenntniß der Prätors gelangten **hereditatis aditio** die Rede ist, welche denn natürlich die weitere Ertheilung der b. p. nicht zu hindern vermag. —

---

2) Definitive Fiction.

§. 38. Wenn wir die b. p. sine re voranstellen mußten, weil gerade sie sich zuerst aus dem Einführungsprincipe der b. p. ergiebt, so liegt doch darin ein anderer ihr entgegengesetzter Fall, der, wenn auch der Prätor nicht direkt darauf ausging, doch einen seinem Willen durchaus entsprechenden Nebenpunkt enthält.

Wir können uns nämlich denken, daß außer dem b. possessor allerdings noch ein in früherer Klasse vom Civilrecht Berufener vorhanden ist, dieser aber aus verschiedenen Gründen die **hereditatis aditio** gar nicht vornimmt, so daß also auch nicht durch Anstellung einer her. pet. die b. p. zur sine re werden kann [1]). Da hier der Einzige, welcher das Recht des b. possessor vernichten könnte, wegfällt, so muß nothwendig ein

---

1) Offenbar steht dem der andere Fall gleich, wenn der vom Civilrecht Berufene auf gleicher Stufe mit dem b. possessor steht, denn dann könnte er immer, wenn er anträte, Jenem wenigstens zu seiner Quote die Erbschaft abfordern. Man wird es nicht mißverstehen, wenn ich der Kürze halber nur von jenem im Texte angegebenen Falle sprach.

ähnliches Verhältniß entstehen, als wenn der b. possessor selbst zugleich der wahre heres, also überhaupt nie Jemand vorhanden gewesen ist, der die her. pet. mit Erfolg gegen ihn anwenden kann.

Beide Fälle bezeichnen daher die Römer durch denselben technischen Ausdruck. Es heißt die b. p. sei cum re, also sie gewähre ein wahres dauerndes Recht am Vermögen [2]). Wenn der b. possessor zugleich heres ist, so steht ihm dies dauernde Recht offenbar nicht deßhalb zu, weil er bonorum possessor, sondern weil er heres ist; und wir können überhaupt diesen Fall für die Folge, nach dem im §. 35 Gesagten, ganz außer Acht lassen. Nur einen Schluß haben wir hier noch daraus zu ziehen: Da ihm dies dauernde Recht nur in Folge seines Civilrechtes zusteht, so ergiebt sich von selbst daraus, daß überhaupt die Verleihung eines solchen dauernden Rechtes nicht im Begriff der b. p. liegen kann; ein

2) Daß res hier soviel heißt als Vermögen, unterliegt keinem Zweifel. S. Hugo R. G. S. 610. Note 3., und danach liegt es schon im Worte, daß damit alle Fälle bezeichnet sein müssen, wo der b. possessor dauernd das Vermögen erhält, also nicht bloß wenn der b. possessor selbst heres ist, sondern auch wenn der vor ihm vom Civilrecht Berufene ohne anzutreten hinwegfällt. (Wenn Hugo a. a. O. diesen letzteren Fall nicht erwähnt, so geschieht es wohl nur, weil er als sich von selbst verstehend angenommen wird). Gerade weil alle beide Fälle darunter gehören, finden wir in unseren Quellen eine so weite Definition der b. p. cum re. — Gai. II, 148. 149. „si modo „possunt hereditatem obtinere (behalten), habebunt b. „possessionem cum re." — „si vero nemo sit alius jure civili „heres, ipsi retinere hereditatem possunt." — Ulp. XXIII. 6. „quam b. p. cum re, id est cum effectu, habet, „si nemo alius jure heres sit." — XXVIII. 13. „cum re, quum „is, qui accepit, cum effectu bona retineat."

Bei dieser Wortfassung brauchte Ulpian wohl nicht zu fürchten, daß unter dem Ausdrucke cum effectu (welchen ihm Hugo vorzuwerfen scheint) nicht auch die b. p. sine re mit verstanden werden könnte, welche, wie wir gezeigt haben, als völlig gültig ertheilt angesehen wird, namentlich auch das Int. quor. bon. gewährt, aber dann durch die her. pet. wieder vernichtet wird, so daß, wie Gaius im Gegensatz des obtinere hereditatem (des dauernden Behaltens) sagt,: avocatur ab iis hereditas.

Schluß, der ebenso auch aus der vorher dargestellten b. p. sine re folgt, welche doch auch eine wahre b. p. ist, ohne eine dauernde Uebertragung der Erbschaft zu enthalten.

Sehen wir nun genauer auf die Erörterung des anderen Falles der b. p. cum re ein, wo der b. possessor nicht zugleich heres ist, wo aber der vom Civilrecht Berufene durch Tod, Verzicht oder Verlust der testamentifactio vor der Erbantretung hinweggefallen ist, ohne daß ein Anderer vom Civilrecht an dessen Stelle berufen wurde. Da hier Niemand mehr vorhanden ist, der dem b. possessor die Erbschaft abfordern kann, so bleibt er also der fingirte Herr derselben, aber diese Fiction ist nicht mehr eine interimistische, sie ist eine definitive geworden. So kommt es, daß demselben das natürliche Eigenthum, welches bei den Römern neben dem ex jure Quiritium aufkam, an den Erbschaftssachen zugestanden wurde, wie uns das Gaius ausdrücklich angiebt: (III, 80.)

> Neque (tamen) bonorum possesses(orum neque bonorum emtorum eae res) [3]) pleno jure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex jure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usucapiuntur [4]).

Es ist wichtig, dieser Verknüpfung des in bonis mit der bonorum possessio noch genauer nachzugehen. Freilich wird dadurch ein wenn auch nur kurzer Ueberblick über die ganze Lehre vom getheilten Eigenthum nothwendig, was an und für sich außer den Gränzen dieses Werkes liegt. Aber indem nur dadurch der Zusammenhang der b. p. mit anderen Rechtsinstituten klar gemacht werden kann, so ist er doch etwas für das völlige Verständniß unseres Instituts durchaus Unentbehrliches. Es wird mir auch hier nicht verargt werden können, daß ich

---

3) Nach Huschke's Restitution.

4) Gaius kann nur an den Fall gedacht haben, von dem wir hier gerade sprechen. Denn bei der b. p. sine re ist auch nicht einmal ein in bonis vorhanden, und bei jenem ersten Fall der b. p. cum re wird die Erbschaft gleich ex jure Quiritium erworben. Es bleibt also nur dieser zweite Fall der b. p. cum re, wo der b. possessor nicht heres und doch nicht mit der her. pet. zu belangen ist, übrig.

bei dem, was ich zu Anknüpfungspunkten gebrauchen muß, nur so kurz wie möglich das mir richtig Scheinende darstelle, und mich auf eine Widerlegung der entgegenstehenden Ansichten weniger einlassen werde. Die Sache muß für sich selbst sprechen, und ich glaube allerdings, daß dabei noch neue Punkte hervorzuheben waren, welche für die Erkenntniß des Ganzen nothwendig sind.

§. 39. I. Es hat bei den Römern eine Zeit gegeben, wo es nur ein einziges Eigenthum gab [1]). Diese Zeit muß für uns die erste Periode sein, aus der dann erst in einer zweiten die Entstehung des getheilten Eigenthums abgeleitet werden kann.

Die Frage, in welchen Fällen dies einzige **dominium ex jure Quiritium** vorhanden gewesen sei, fällt mit der über die Eigenthumserwerbarten zusammen. Wir wollen dieselbe unter eine Eintheilung bringen, von der es nachher gerechtfertigt werden wird, daß sie auch schon nach der Ansicht der Römer wesentlich verschiedene Gesichtspunkte für die einzelnen Eigenthumserwerbarten dargeboten habe.

A. Es giebt gewisse Fälle, in denen das Eigenthum an Sachen erworben wird, welche nicht vorher Eigenthum eines Anderen waren, so daß nicht der Erwerb von der einen, den Eigenthumsverlust von der anderen Seite mit sich führt. Man nennt sie die originären Erwerbarten, und es leiten die Römer dieselben aus der **naturalis ratio** ab, da die Sachen, welche noch keinem Römischen **civis** gehört haben, also eigentlich noch außer dem Rechtsgebiet liegen, unmöglich mit civilrechtlichen Formalitäten, sondern nur durch solche Handlungen ins Eigenthum gebracht werden können, in denen die

---

1) Gai. II. 40. Sequitur ut admoneamus apud peregrinos unum esse dominium, ita ut dominus quisque sit, aut dominus non intellegatur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur, aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus, sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere.

natürliche Anschauungsweise einen Eigenthumserwerb findet, Handlungen also, die auch bei anderen Völkern ebensogut wie bei den Römern vorkommen können, und mithin ins **jus gentium** gehören. Indessen wird sich bei allen diesen Fällen nachweisen lassen, daß sie von Anfang an ein **dominium ex jure Quiritium** erzeugt haben, was offenbar noch keinen Gegengrund darin findet, daß sie Theil des **jus gentium** sind [2]).

Sie sollen hier in der Art und Ordnung angegeben werden, wie sie Gaius II. §. 66—80. vorträgt:

1) Die **occupatio**, d. h. die Besitzergreifung einer Sache, welche bisher noch gar keinen Eigenthümer (also **omnia, quae terra, mari, coelo capiuntur**) oder doch einen vom Römischen Staat nicht anerkannten Herrn hatte, (**occupatio bellica**). — Anderes erwähnt Gaius bei der **occupatio** nicht, und es wird sich in der That unten zeigen, daß die übrigen Punkte, welche wir zu derselben zählen, von den Römern ursprünglich unter ganz anderen Gesichtspunkten aufgefaßt sind, wodurch denn auch die ganze Lehre von dem **in bonis** ein neues Licht gewinnt.

Fangen wir mit der **occupatio bellica** an, so werden wir von Gaius [3]) darauf hingewiesen, daß man sie für die sicherste Erwerbart des **justum dominium** gehalten habe; und dies **justum dominium** kann doch nach Analogie von **justum matrimonium** nur das **dominium ex jure Quiritium** sein. Die Bemerkung, daß diese Gajische Aeußerung nur eine

---

2) Fr. 6. de just. et jure. Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit. — Also dies können ja gerade Theile des jus gentium sein, welche das Civilrecht von Anfang anerkannte. — Und ferner beweist nun auch der Grund, daß die traditio ebenso wie die originären Erwerbarten aus der naturalis ratio hervorgehe (Gai. II. 66.), noch keineswegs, daß deßhalb sie auch in gleicherweise dominium ex jure Quir. begründe. Vielmehr werden sich unten dafür ganz andere Gesichtspunkte ergeben.

3) IV. 16 — festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam justi dominii; maxime enim sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus judiciis hasta proponitur.

den Römischen Kriegsruhm erhebende Phrase sei [4]), wird wohl wenige Anhänger finden. Sollten etwa die Centumvirn, welche sich „den Speer als Zeichen des rechten Eigenthums" erwählten [5]), denen gerade die Processe über das **dominium ex jure Quiritium** Haupttheil ihrer Competenz waren, sollten sie sich ein Sinnbild von einem bloß natürlichen Eigenthum hergenommen haben, welches zu der Zeit, als die Centumvirn eingeführt wurden, noch gar nicht bestand?

Und was nun den Hauptgrund betrifft, der immer wieder zur Vertheidigung der Ansicht, es habe die **occupatio** kein **justum dominium** gewährt, angeführt wird, so ist es der, daß die Beute stets habe abgeliefert werden müssen, also sei das wahre Eigenthum erst durch die Vertheilung oder den öffentlichen Verkauf entstanden. Dieser aber scheint mir wenig haltbar. — Wenn nicht die Gewinnung durch die Waffen, sondern die Vertheilung das rechte Eigenthum gewährte, wie konnte denn von den Centumvirn die Waffe als Zeichen dieses rechten Eigenthums aufgestellt werden? — Und ferner soll der Einzelne, der, wie es so oft vorkommt, in den Zweikampf auszieht und den Feind besiegt, soll er an der heimgebrachten Beute, abgesehen von dem den Göttern zu Weihenden, erst durch Adjudication des Staats Eigenthum erhalten haben? — Jener Satz der Vertheilung und des öffentlichen Verkaufs kann sich nur auf die gemeinsame, durch eine Schlacht gewonnene Beute eines Heeres, und auf die Eroberungen eines ganzen Feldzuges beziehen; für jenen Fall des Zweikampfs, der doch wahre **bellica occupatio** enthält, scheint er mir gar keinen Sinn zu haben. Daß aber die gemeinsame Beute eines Heeres in einer Schlacht oder einem ganzen Feldzuge noch besonderen Regeln unterworfen war, läßt sich leicht erklären. Einestheils nämlich fallen gewisse Theile der Beute immer dem Staate zu, und dahin gehören namentlich der Grund und Boden, der erst vom Staate zu **ager publicus** oder **privatus** vertheilt werden muß, und die gefangenen Men-

4) Puchta Institutionen II. 593.

5) Puchta a. a. O. S. 25.

schen, denn nicht dadurch, daß ein Mensch den Andern in seine factische Gewalt bekommt, wird nach altem Kriegsrechte Letzterer zum Sklaven, sondern erst dadurch, daß der Staat das Glied des fremden Staates nicht bei sich dulden zu wollen erklärt, also erst durch die **sub corona venditio.** Und auch von der übrigen Beute scheint dem Staat noch ein gewisser Theil zugefallen zu sein. — In Beziehung auf Alles Uebrige aber, was dem Staate nicht gehört, lag doch die Betrachtung sehr nahe, daß nicht bloß der Einzelne, der es erbeutete, daran ein Recht habe, daß andere Soldaten vielleicht viel mehr geleistet hatten, indem sie nicht mit Plündern die Zeit hinbrachten, und daß überhaupt sehr Vieles von gar keinem Einzelnen erbeutet, sondern nachher von dem Schlachtfelde aufgelesen wird.

Mußte diese Betrachtung nicht dahin führen, daß man das ganze Heer als den Gesammteigenthümer der Beute anzusehen habe, an welcher jedem Soldaten gleiches Recht zusteht? So gewinnt also die Vertheilung des Feldherrn den Charakter gleichsam eines **judicium communi dividundo** [6]) und man kann sie mithin nicht als die erste Verleihung des Eigenthums, sondern nur als die Sonderung des bisher **pro indiviso** vorhandenen **justum dominium** ansehen. —

Noch ein anderer Grund scheint mir für die hier vertheidigte Ansicht von entschiedener Wichtigkeit.

Das ganze Recht der **occupatio** ist, so wie das ihr entgegengesetzte **postliminium**, ein Ausfluß des allgemeinen Staatenrechts [7]) der alten Zeit. Es ist **jus commune**, wie es **fr. 6. pr. de just. et jure** nennt, und so erklärt sich, daß die Römer hier die Rechtsätze, die sie für sich gelten lassen, ebenso auch anderen Staaten zuerkennen [8]). Die Sache des Feindes

---

6) Der vertheilende Feldherr war gleichsam der arbiter. Liv. V. 22. „rem arbitrii sui." —

7) Dieser Ausdruck scheint mir passender, als der gewöhnliche: Völkerrecht.

8) Festus v. postliminium. — Quae genera rerum ab hostibus ad nos postlimini(um)o redeunt, eadem genera rerum a nobis ad hostes redire possunt.

erfreut sich ebensogut des postliminium, wie die des Römers. Nun aber wird doch Niemand zweifeln, daß sobald die Sache des Römers in des Feindes Gewalt kommt, Jener seines quiritischen Eigenthums verlustig geht. Wenn aber die occupatio nur ein in bonis gewährte, weßhalb sollte man denn nicht ein Fortbestehen des quiritischen Eigenthums angenommen haben, da doch beide nach der Römischen Theorie nebeneinander bestehen können? — Ebensogut wie man aber gleich völligen Verlust, muß man auch gleich völligen Erwerb des dom. ex j. Q. bei der Erbeutung angenommen haben.

Und sehen wir einmal ab von der occupatio bellica, soll denn auch bei dem Fangen eines Hirsches, eines Vogels, eines Fisches eine Vertheilung von Seiten des Staates angenommen werden? Oder sollen wir sagen, daß diese Verhältnisse, welche von Anbeginn des Römischen Rechtes vorkommen mußten, in der Zeit, wo es noch kein in bonis gab, gar kein Eigenthum an der gefangenen Sache gegeben hätten?

Ehr man nicht diese Frage genügend beantwortet hat, wird man auch nie bewiesen haben, daß die occupatio nur ein in bonis gewährt habe.

So werden wir also wohl annehmen dürfen, daß, wenn die Römischen Juristen von dem was terra, mari, coelo capitur und von der Beute sagen: nostrum est, oder nostrum fit, sie Veranlassung genug gehabt hätten, zu bemerken, es sei nur das in bonis, wenn es dies wirklich gewesen wäre, — und daß, da sie dies nicht thun, wir nur an das Eigenthum zu denken haben, auf welches allein die Intentio: meum est, anwendbar war, bei der ja auch Gaius den Zusatz: ex jure Quiritium als sich von selbst verstehend, wegläßt [9]).

---

9) IV. 92. sagt er: Petitoria formula haec est, qua actor intendit rem suam esse, — während er vorher im §. 45. das: ex jure Quiritium hinzusetzt. — Bei der traditio einer res mancipi hütet sich Gaius sehr wohl, zu sagen: naturali ratione nostrum fit. Wenn auch die Römer zu Gaius Zeit dem in bonis die Natur des Eigenthums beilegten, so, glaube ich, wird doch nie bewiesen werden können, daß sie darauf unbedingt den Ausdruck nostrum est oder meum est anwandten. Aus dem rein formellen, aber auch völ-

2) Die accessio. Alles was als res accessoria zu einer anderen Sache hinzutritt, gehört naturali ratione dem Herrn der Hauptsache, sie muß also auch in das dominium ex jure Quiritium treten, welches an der Hauptsache besteht. Entweder war die Nebensache vorher noch gar nicht vorhanden (wie die insula in flumine nata), oder sie ist wenigstens durch die Verbindung selbst ein ganz anderes Object geworden, so daß die Sache, welche früher als selbständige bestand, juristisch als gänzlich oder interimistisch untergegangen angesehen wird. Mithin enthält die accessio stets einen originären Erwerbsact.

Es wird nun freilich allgemein zugegeben, daß diese accessio civiles Eigenthum gewährt habe, weil es eine dem Civilrecht und dem jus gentium gemeinsame Erwerbart sei [10]. Aber es ist die Frage, ob darin nicht auch zugleich das Zugeständniß liegt, daß man die occupatio ganz ebenso als Theil des jus civile und gentium anzusehen habe? Denn wenn Gai. II. 69. sagt:

> Ea quoque quae ex hostibus capiuntur naturali ratione nostra fiunt,

und dann gleich fortfährt:

> Sed et id quod per alluvionem nobis adjicitur, eodem jure nostrum fit;

so scheint es doch den Worten Gewalt angethan, wenn hier noch eine Verschiedenheit des Eigenthumerwerbes angenommen werden sollte [11]).

Der Grund, den man hiergegen angeführt hat, scheint mir nicht haltbar [12]). Da die Sache durch die Accession Theil der

---

lig genügenden Grunde, weil die petitoria formula gerade diese Intentio hatte, und diese doch, wie wir sehen werden, für das in bonis nicht zulässig war. Wie leicht hätten aus einer solchen Terminologie Mißverständnisse hervorgehen können!

10) Fr. 2. de superfic. — aedium proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum.

11) Nach dem in Note 9 Gesagten kann nicht eingewandt werden, daß Gaius auch die Tradition mit der Occupation zusammenstelle.

12) Puchta a. a. O S. 590.

Hauptsache werde, so beziehe sich beim Eigenthumsprocesse der Beweis gar nicht auf die Erwerbung der Accession, sondern der Hauptsache, deren Schicksale jene theile. — Allerdings ist der Hauptbeweis bei der Vindication auf das civile Eigenthum an der Hauptsache gerichtet, aber wenn man daneben noch Accessionen fordert, so muß doch ein civilrechtlicher Grund vorhanden sein, aus welchem sie zu Accessionen werden. Es bleibt dies immer noch ein selbständig zu denkender Nebenpunkt, indem, wenn das Civilrecht diesen Accessionsgrund nicht kennte, natürlich auch die Vindication der Hauptsache nicht darauf gehen könnte. Sollen nun aber die **acquisitiones juris naturalis** nur ein **in bonis** gewähren (was man ja für die **occupatio** festhält), so müssen doch auch jene Accessionen nur **in bonis** gewesen sein, und wenn sie auch, seit dem Bestehen des **dominium in bonis** mit der civilen Hauptklage gefordert werden konnten, so muß doch, als es noch kein **in bonis** gab, es auch jene Accessionsfälle noch nicht gegeben haben. — Wegen dieses Schlusses sagt denn Puchta, sie seien von Anfang an auch jure civili anerkannt gewesen, aber dann bleibt immer noch zu erklären, weßhalb nicht ebensogut die **occupatio** von Anfang an dem **jus civile** bekannt gewesen sein soll?

Außerdem paßt jener Grund nicht auf alle Fälle der Accessionen. Denn sollte nicht eine **insula in flumine nata** ganz selbständig vindicirt werden können, wobei denn doch der Beweis lediglich auf den Accessionserwerb zu richten ist?

3) Die **specificatio** reiht Gaius gleich der **accessio** an, als Etwas das auch aus der **naturalis ratio** hervorgehe; und daß hier nach der Theorie der Proculianer, welche allein eine Specification annahmen, wahrhaft quiritisches Eigenthum erworben werde, wird wohl nicht bezweifelt werden [13]). Dieser Punkt aber, welcher bei der Theorie über das

---

13) Gai. II. 79. — quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cujus materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, alii vero ejus rem esse putant, qui fecerit.

in bonis meist vergessen wird, ist wegen der daraus zu ziehenden Consequenzen sehr bedeutend.

Die Proculianer konnten doch nämlich diese neue Erwerbart nur so rechtfertigen, daß durch die Specification eine ganz neue, vorher noch nicht vorhandene Sache entstanden sei, welche nun also auch der Specificant als eine herrenlose occupire [14]) Danach ist die Specification eine völlig originäre Erwerbart, aber wenn sie quiritisches Eigenthum gewährt hat, so muß dasselbe nothwendig auch durch Occupation entstanden sein.

§. 40. Nach dieser Erörterung der originären Erwerbarten, müssen wir

B. die derivativen in Beziehung auf diese erste Periode des allein bestehenden quiritischen Eigenthums, weiter in Betracht ziehen.

Es leuchtet ein, daß diese Klasse, in der also alle Uebergänge des Eigenthums von einem Römischen Bürger auf den anderen zusammengefaßt werden, von selbst den Principien unterworfen werden mußte, welche im Allgemeinen das ältere Römische Civilrecht beherrschen. Hieher gehört vorzüglich das Streben nach einer gewissen Förmlichkeit und Oeffentlichkeit der Rechtsgeschäfte, wie ja dies überhaupt den Völkern in ihrer Kindheit eigen ist.

Wenn Hugo [1]) dies bereits hervorhebt, so geschieht das gewiß mit vollem Recht, nur mögte eine ganz unbeschränkte Anwendung auf alle Fälle des Eigenthumserwerbes nicht zu rechtfertigen sein. Daß bei dem Verkehr der Römer unter sich eine gewisse Oeffentlichkeit Vorschrift gewesen sei, scheint mir mit der ganzen übrigen Geschichte so sehr zusammenzupassen, daß dagegen wohl kaum noch Zweifel möglich sind. Indeß wo nicht von dem Uebergange eines Eigenthums in eine andere Hand (also von einer derivativen Erwerbart) die Rede ist, fallen diese Gründe hinweg. Das Eigenthum, wel-

---

14) Gaius a. a. O. erwähnt dies Princip deutlich genug: „quia exstinctae res, licet vindicari non possint, etc.

1) R. G. S. 210.

ches ein Römer nicht dadurch erwirbt, daß ein Anderer das Seinige aufgiebt, entsteht hier also an einer Sache quae nullius fuit, die bisher oder wenigstens einstweilen außer dem Römischen Rechtsgebiet liegt. Was kann es hier die übrigen Römer interessiren, den Eigenthumserwerb ihres Mitbürgers zu überwachen, oder mit andern Worten, wie kann man hier eine Oeffentlichkeit des Erwerbs vorgeschrieben haben? Die originären Acquisitionen beruhen, wie Puchta bei der accessio sehr richtig bemerkt, auf einer inneren Nothwendigkeit, auf der naturalis ratio, und weil derselben ein besonderes civilrechtliches Princip nicht entgegensteht, so muß sie auch vom Civilrecht anerkannt sein, mithin müssen die originären Erwerbarten civiles Eigenthum gewährt haben, während bei den derivativen die natürliche Anschauungsweise den Römern nicht genügt, und sie also die traditio, weil sie keine öffentliche Uebertragungsart ist, nicht als civilen Eigenthumsübergang ansehen können.

Indem hier auf den Unterschied zwischen originären und derivativen Erwerbarten ein so entschiedenes Gewicht gelegt ist, kann diese Ansicht historischen Halt nur durch die Nachweisung erlangen, daß auch die Römer diese Unterscheidung mit völlig klarem Bewußtsein gemacht haben. Und dies läßt sich in der That wohl mit ziemlicher Gewißheit thun, obgleich freilich unsere Quellen hier nicht die reichsten sind, und wir bedenken müssen, daß sie aus einer Zeit stammen, worin die Reinheit des älteren Princips schon mehrfach verwischt worden war.

Aus Ciceros Stelle (de Harusp. resp. 7.) ist für uns am Wenigsten zu entnehmen, da er von seinem Hause spricht, also jedenfalls von einer Sache, auf die sich keine originäre Erwerbart beziehen konnte, und hier beispielsweise einige Fälle erwähnt, wie man jure optimo Häuser erwerben könne [2]). —

---

2) Multae sunt domus in hac urbe, atque haud scio, an paene cunctae jure optimo; sed tamen jure privato, jure hereditario, jure auctoritatis, jure mancipi, jure nexi. S. Hugo R. G. S. 211. Note 2.

Wichtiger ist schon ein Passus des **Varro**[3]), eines Nichtjuristen, der die Frage behandelt, wie ein servus ins dom. legitimum gelangt, und nun allgemein die Fälle aufführt, wie dasselbe **in emptionibus** entstehe. Gerade weil er kein Jurist war, liegt die Annahme sehr nahe, daß er hier den besonders hervortretenden Fall des Kaufes in allgemeinerem Sinn nimmt, wo die Juristen, denen er dies entlehnte, überhaupt von **alienationes**, also von derivativen Erwerbarten, sprachen. — Die Art ferner wie **Ulpian** die Sache vorträgt, könnte am Ersten gegen uns zu sprechen scheinen. Er führt sechs Fälle des Eigenthumserwerbes auf[4]), und da er hier offenbar vom civilen Eigenthum spricht, so könnte man glauben, daß Alles, was er nicht erwähnt, nur Gründe des naturalen Eigenthums seien, welche sich auch unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt der naturalen Erwerbarten zusammenfassen ließen. — Allein dies geht einestheils nicht, weil unter den angeführten Fällen ja auch die traditio, eine naturale Erwerbart, so weit sie vom Civilrecht recipirt ist, aufgeführt wird. Ulpian kann also nicht die rein civilrechtlichen Erwerbsgründe den naturalen entgegensetzen wollen. Und anderntheils wissen wir ja wenigstens von der Accessio bestimmt, daß sie auch vom Civilrecht anerkannt war (§. 39. Note 8.). Also kann auch Ulpian durch diese Zusammenstellung nicht haben andeuten wollen, daß alle übrigen Fälle nur natürliches Eigenthum erzeugten. — Dagegen lassen sich die angeführten Fälle insgesammt als **derivative** Erwerbarten, aus denen civiles Eigenthum hervorgeht, charakterisiren[5]) und so ist denn wohl der Schluß ge-

---

3) De R. R. II. 10. 4. — **In emptionibus** dominium **legitimum** sex **fere** res perficiunt: si hereditatem justam adiit, si ut debuit mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit, aut si in jure cessit cui potuit cedere et id ubi oportuit, aut si usucepit, aut si e praeda sub corona emit, tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit. Hugo a. a. O. Note 1.

4) XIX. 2. — Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege.

5) So gebraucht denn auch Ulpian öfter dabei den Ausdruck **alienationes**.

rechtfertigt, daß er sich als Gegensatz davon die **originären**, ebenfalls civiles Eigenthum erzeugenden, Acquisitionen gedacht habe. — Weßhalb er diese nicht auch anführt, ist freilich nicht sicher zu ermitteln. Am wahrscheinlichsten ist wohl, (was Hugo [6]) bereits bemerkt hat) daß sie nur in unserer Handschrift fehlen. —

Am deutlichsten läßt sich die Unterscheidung der derivativen von den originären bei **Gaius** erkennen. Er scheidet genau die „**alienationes**" von den übrigen, den originären Erwerbarten, welche er auch äußerlich zusammengeordnet vorträgt. Nachdem er die **alienationes** abgehandelt hat, zieht er (II. 65) nochmals das daraus folgende Resultat, woraus hervorgeht, daß hiermit eine Klasse der Erwerbarten beendigt sei und nunmehr eine andere folge. Er sagt:

> **Ergo ex his quae diximus apparet, quaedam naturali jure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur; quaedam civili, nam mancipationis et in jure cessionis et usucapionis jus proprium est civium Romanorum.**

Kann man sich bei diesen Worten wohl des Gedankens erwehren, daß Gaius hier **implicite** hat ausdrücken wollen: eigentlich ständen die **alienationes** unter einem den Römern eigenthümlichen Princip, wovon die einzige Ausnahme die **traditio** sei?

Jedenfalls kann Gaius, das geht aus dieser Stelle hervor, die Eigenthumserwerbarten nicht nach den beiden Klassen der civilen und natürlichen Erwerbarten abhandeln wollen, denn die Klasse, welche er hier beendet hat, umfaßt bereits von beiden Arten; und der gemeinsame Charakter aller dieser Fälle ist eben, wie er genügend hervorhebt, der der **alienatio** also der **derivativen** Erwerbarten. Darin liegt, daß die nun in einer zweiten Klasse zusammengestellten **acquisitiones keine alienationes**, oder mit anderen Worten **originäre** sind. Daß Gaius dies nicht noch positiv hervorhebt, erklärt sich einfach dadurch, daß die Römer kein techni-

6) R. G. S. 201. Z. 23.

sches Kunstwort für die originären Erwerbarten hatten. Sie konnten sie also nur negativ ausscheiden, aber dies hat denn doch Gaius so deutlich gethan, als man nur verlangen kann. — Darf es uns nun aber wundern, daß indem Gaius diese neue Klasse im §. 66. beginnt, er sie an die traditio anknüpft, als gemeinsam unter dem Gesichtspunkte der naturalis ratio stehend. Er mußte dies doch jedenfalls bei den originären Erwerbarten hervorheben, und also ergab sich keine natürlichere Verbindung mit dem Vorhergehenden. — Aber daraus zu entnehmen, daß nun auch diese originären Erwerbarten nur die Wirkung haben, welche aus der traditio einer res mancipi hervorging, das ist ein Schluß, zu dem, so viel ich einsehen kann, uns die Worte nicht die geringste Veranlassung geben. Im Gegentheil scheint Gaius gerade das Umgekehrte anzudeuten. Er sagt:

> Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando . . . .

Aus der Vergleichung der Worte des §. 41. wo Gaius von der traditio einer res mancipi spricht, sieht man, daß Gaius hier mit dem Ausdruck quae traditione nostra fiunt, eben nicht die res mancipi, sondern nur die res nec mancipi meinen kann (s. §. 39. Note 7.), und damit ist denn aller Schein, als wenn die occupatio und die übrigen Fälle nur ein in bonis gewährten, gehoben.

Fassen wir nun die einzelnen derivativen Erwerbarten noch etwas genauer ins Auge. Wir theilen sie nach Gaius Vorgange in zwei Arten:

a) Alienationes juris civilis.

Wir müssen für die ältesten Zeiten gewiß den Satz festhalten, und zwar ganz unbeschränkt anerkennen, daß die Veräußerungen unter Römischen Bürgern mit einer gewissen Oeffentlichkeit vorzunehmen waren. Und zwar war die Vorschrift, sie sollten gerichtlich, als ein fingirter Eigenthums-

streit geschehen (in jure cessio), was wir ganz allgemein auch von den beweglichen Sachen zu verstehen haben [7]. Wem es unwahrscheinlich vorkommt, daß auch um der geringsten Veräußerungsgeschäfte die Obrigkeit habe angegangen werden müssen, der denke einestheils an den geringen Verkehr im alten Rom, und anderntheils an die Verhältnisse unserer Bauern, welche an vielen Orten alle ihre Contracte gerichtlich abschließen sollen. Hier werden freilich sehr viele auch ohne das geschlossen, und treten, da die Parteien damit zufrieden sind, in völlige Geltung. Nur wenn Streit zwischen ihnen entsteht, und sie also die Sache vor den Richter bringen müssen, so kann dieser allerdings den Contract nicht anerkennen. Wie Vieles geschieht nicht im Leben, bei dem man gleich voraussieht, daß wenn der Andere seine Verpflichtungen nicht gutwillig erfüllt, bei dem Richter dafür keine Hülfe zu suchen ist. Aber meist tritt doch auch gutwillige Erfüllung ein, und darauf wagt man's eben, um größeren Weitläuftigkeiten zu entgehen. So mag es auch schon im alten Rom vorgekommen sein.

Wohl erst seit der Servianischen Verfassung kam eine bequemere [8]), vielleicht auch aus dem Plebejischen Interesse zu erklärende Veräußerungsform für mehre besonders hervortretende Sachen in der **mancipatio** auf, welche aber ebenfalls den Charakter der Oeffentlichkeit hat. Hiernach bestand jetzt für die **res mancipi** eine doppelte, elective Veräußerungsart, für die **res nec mancipi** (also alle übrigen körperlichen und unkörperlichen Sachen, die einer Veräußerung fähig sind) blieb die **in jure cessio** unverändert die alleinige Erwerbart.

b) Alienationes juris gentium.

Die eben gemachte Bemerkung, daß schon oft bei den Römern Veräußerungen vorgekommen sein mögen, bei denen man

---

7) Sehr hübsch leitet es Puchta Instit. II. 581 f. aus dem ager publicus und der ältesten Form der Vindication ab, daß es ursprünglich lediglich ein Eigenthum an beweglichen Sachen gab; also darauf kann denn auch nur die in jure cessio anfangs gegangen sein.

8) Gai. II. 25.

eine in jure cessio zu unbequem fand, genügt auch vollkommen zur Erklärung einer wahrscheinlich rein durch Gewohnheit entstandenen Veränderung des bisherigen Rechtes. Es ergiebt sich aus der Erweiterung des Verkehrs von selbst, daß sich die Volksansicht bildete, bei Veräußerungen unbedeutenderer Sachen sei die Vornahme vor Gericht eine unpassende Vorschrift, sie müßten also auch ohne das klagbar sein. Indessen bedurfte es noch einer genaueren Begränzung, welche Sachen dieser formlosen Uebertragungsart fähig seien; und eine solche ergab sich aus den bisherigen Verhältnissen, wie mir scheint, von selbst — Daß diejenigen Gegenstände, für welche, als eine bequemere Form die mancipatio bereits vorgeschrieben war, nun auch auf ganz formlose Art sollten übertragen werden dürfen, konnte keinem Römer der damaligen Zeit in den Sinn kommen. Es blieben also nur noch die res nec mancipi übrig, und hier mußte es wieder für die unkörperlichen Sachen einleuchten, daß eine formlose Uebertragung derselben nicht möglich sei [9]), daß man also um einen sicheren Anfangspunkt für sie zu haben, bei der in jure cessio stehen bleiben müsse. — So waren es also die körperlichen res nec mancipi, auf weche die neue Rechtsansicht, daß eine in jure cessio nicht mehr nöthig sei, überhaupt angewandt werden konnte, und da es gerade hier von practischem Bedürfniß war, zu große Förmlichkeiten zu verbannen, so erklärt sich leicht, daß für das ganze Gebiet dieser res nec manc. der Rechtssatz aufkam, es solle schon durch die bloße traditio das quiritische Eigenthum daran erworben werden [10]).

---

9) Gai. II. 28. Incorporales res traditionem non recipere manifestum est.

10) Gai. II. 19. — Res nec (mancipi nuda traditione abalienari possunt), si modo corporales sunt, et ob id recipiunt traditionem. Ulp. XIX. 7. Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex justa causa traditae sunt nobis. — Es ist schon von Puchta gebührend hervorgehoben (Inst. II. S. 595.) daß dies Auffkommen der traditio für res nec. manc. bereits ein weiterer Schritt sei, den wir also nicht bis in die ältesten Zeiten hineinziehen dürfen.

Das war die erste Ausnahme von dem alten Princip, daß die derivativen Erwerbarten nur auf streng civile Weise statt finden könnten, denn die **traditio** ist eine aus der **naturalis ratio** hervorgehende Acquisitionsart. Daß dieser Schritt nicht noch weitere Folgen haben sollte, war unausbleiblich:

1) Jetzt erst konnte der Fall aufkommen, daß man eine gültige Veräußerung einer **res nec manc.** durch Tradition annahm, auch wenn der Tradent gar keine bestimmte Person, an die er tradirt, sich gegenüber hat. Die Römer kamen auf diesen Fall durch das Auswerfen der **missilia**. Unter die **occupatio** konnte man diesen Fall unmöglich rechnen, da sich diese nur auf **res nullius**[11]) und (abgesehen von der späteren **specificatio**) nur auf zwei Fälle, nämlich **id quod terra mari coelo capitur** und die **occupatio bellica** bezieht[12]). Vielmehr ist das Auswerfen der **missilia** rein eine derivative Erwerbart, indem es dabei nicht bloß auf das Factum des Wegwerfens, sondern auch auf den **animus** des Wegwerfenden ankommt[13]); und dieser **animus** kann nur als der Wille aufgefaßt werden, die Sache an einen Anderen zu übertragen, wobei es aber dem Uebertragenden einerlei ist, wer gerade die einzelne empfangende Person sei. So wird denn auch dieser Fall in unseren Quellen lediglich bei der Lehre von der Tradition abgehandelt, und ausdrücklich für eine **traditio ad incertam personam** erklärt[14]). Offenbar kann

---

11) Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. Fr. 8. pr. de acq. rer. dom.

12) Ganz übereinstimmend mit der schon erwähnten Darstellung der occupatio in Gaius Institutionen ist sie in allen übrigen Quellenaussprüchen fr. 1. 3. 5. 7. pr. de acq. rer. dom. (welche zusammengehören) §. 12—18. J. de rer. div. und fr. 1. §. 1. de acq. vel. am. poss. fr. § 3. 21. eod.

13) Fr. 43. §. 11. de furtis. — Si quidem derelinquentis animo jactavit.

14) Fr. 9. §. 7. de acq. rer. dom. — Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert (also derivativ) rei proprietatem, ut ecce, qui missilia jactat in vulgus; ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit, et tamen quia vult, quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficit. §. 46. J. de rer. div.

darin nicht ehr eine civile Eigenthumserwerbart gelegen haben, als dies für die traditio der körperlichen res nec manc. anerkannt war. Und das macht auch gar keine Schwierigkeit, da, als Ersteres im Römischen Staate aufkam, Letzteres gewiß schon lange bestanden hatte.

2) Ebenso mußte aber aus der Einführung der traditio ins Römische Civilrecht noch ein anderer Fall mit Nothwendigkeit gefolgert werden. Wenn man nämlich sein Eigenthum lediglich aufgiebt, also es derelinquirt, so steht dies offenbar mit dem Auswerfen der missilia soweit auf ganz gleicher Stufe, als das bei Beiden eigentlich Entscheidende, worauf es für die ganze weitere juristische Auffassung dieses Verhältnisses ankommt, der animus des Wegwerfenden ist, während der Unterschied zwischen Beiden nur ein äußerlicher, juristisch nicht in Betracht kommender ist. Ob nämlich in einem Fall das Volk versammelt ist, aus dem einzelne Unbekannte die missilia sich aneignen, oder ob eine Sache in der Stille derelinquirt wird, und nun Jemand sie an sich nimmt, — es konnte dieser Unterschied keinen Einfluß darauf haben, daß man nicht beide Fälle gleichmäßig als traditiones ad incertam personam hätte auffassen müssen.

Stellen wir uns nämlich nochmals den Zustand der Zeit vor Augen, ehr man die traditio der res nec mancipi zur Begründung des civilen Eigenthums für genügend hielt. Darin, daß man die occupatio nur auf res nullius bezog, und bei derivativen Erwerbarten, also in den Fällen, wo die Sache bereits im Eigenthum eines Römers stand, eine civile Form vorgeschrieben hatte, liegt doch, daß ohne diese Form ebensowenig von der einen Seite Eigenthum erworben, als von der anderen verloren werden könne. Denn in dem Begriff einer derivativen Erwerbart, oder einer alienatio ist enthalten, daß hier kein Augenblick vorhanden ist, in der die Sache res nullius gewesen wäre. — Durch das Aufkommen der traditio wurde hieran nichts geändert, indem auch bei ihr, als einer Alienation, der Satz gelten mußte, daß das Eigenthum erst dann verloren geht, wenn es von der anderen Seite erlangt wird. Wie sollte man nun den Fall der Dereliction auffassen?

Offenbar bewirkte sie bei den **res mancipi** oder den unkörperlichen **res nec mancipi** noch gar nichts, da hier ja die ausnahmslose Vorschrift ist, daß das Recht daran nur durch **mancipatio** und **in jure cessio** aufgegeben werden kann. Bei den körperlichen **res nec mancipi** war durch das Hinzukommen der **traditio** das Princip ebenfalls nicht verändert, sondern nur durch einen Fall vermehrt. Man konnte das Eigenthum daran noch immer durch **mancipatio** und **in jure cessio**, aber jetzt auch durch **traditio**, also durch einfache Empfangnahme von Seiten eines Anderen, verlieren. Der einfache **animus derelinquendi** konnte mithin noch in keiner Weise als Eigenthumsverlust angesehen werden, aber es war durch die **traditio** das Mittel gefunden, der Dereliction, welche bisher noch gar keine juristische Gestalt gehabt hatte, eine solche zu ertheilen. Man brauchte sie nur, ebenso wie das Auswerfen der **missilia** als **traditio ad incertam personam** aufzufassen; man legte damit also in die Dereliction noch nicht den Eigenthumsverlust selbst, aber doch die Absicht des Dereliquenten, daß ein Jeder, der die weggeworfene Sache zu sich nähme, sie behalten dürfe, mithin den **animus tradendi** an diesen Besitzergreifenden So war mit dieser Ergreifung das Ende des früheren Eigenthums und der Anfang des neuen anzunehmen, d. h. die Dereliction war ein rein derivative Erwerbart.

Daß in der That die Römer anfangs nur in dieser Weise die Dereliction aufgefaßt haben, läßt sich, wie ich glaube, trotz des höchst mangelhaften Zustandes unserer Quellen, noch mit ziemlicher Gewißheit beweisen. Wir haben nämlich in unseren Pandekten den Titel **pro derelicto**, von dem unsere weitere Entwicklung zeigen wird, daß hier stets eine Doppelinterpretation anzustellen ist, welche einestheils auf das gerichtet werden muß, was Justinian mit den aufgenommenen Fragmenten sagen wollte, und anderntheils auf das, was die schreibenden Juristen nur damit gemeint haben können. Jedenfalls ist es hierfür sehr werthvoll, daß uns darin eine historische Notiz über die frühere Auffassung der Dereliction aufbewahrt ist. Es heiß tim **fr. 2. pr. §. 1. pro derel.**:

> **Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus acquirere. Sed Proculus non desi-**

sinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit.

Dem ist gegenüberzustellen: fr. 43. §. 5. de furtis. Quodsi dominus id dereliquit, furtum non fit ejus, etiamsi ego furandi animum habuero; nec enim furtum fit, nisi sit cui fiat; in proposito autem nulli fit, quippe quum placeat Sabini et Cassii sententia, existimantium statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus.

Hierin ist bezeugt, daß die Ansicht der Sabinianer in der späteren Zeit die allgemein herrschende geworden ist (quippe quum placeat). Aber sollen wir dagegen die Ansicht des Proculus als eine singuläre Schulmeinung, oder etwa als die der ganzen früheren Zeit auffassen, die dann nur durch eine auf freieren Voraussetzungen ruhende Theorie verdrängt wurde? — Ich glaube, wir dürfen das Letztere aus folgenden Gründen annehmen. — Wenn die Ansicht des Sabinus auch schon in früheren Zeiten, wo doch der Fall der Dereliction schon vorgekommen sein muß, gegolten hätte, so würde man gewiß nicht noch in späterer Zeit die oben dargethane enge Gestalt der Occupation anerkannt haben; wogegen sich dies sehr leicht erklären läßt, wenn man die Veränderung der Derelictionstheorie erst in spätere Zeit setzt, wo der Begriff der occupatio bereits wissenschaftlich festgestellt war. — Und nun sehen wir sogar, daß noch in den Institutionen [15]) die Dereliction, zusammen mit dem Auswerfen der missilia, bei der traditio, und zwar ganz aus dem Gesichtspunkte der traditio dargestellt wird [16]).

---

15) §. 47. J. de rer. div. — Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit.

16) Ganz entschieden tritt dieser Gesichtspunkt noch aus fr. 5. §. 1. pro derel. hervor: Id quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit, sicuti quum quis aes sparserit, aut aves emiserit; quamvis enim incertae personae voluerit eas esse, tamen ejus fient, qui eas sustulerit, easque quum quis pro de-

— Dürfen wir daraus nicht annehmen, was sich schon aus unserer obigen Darstellung der früheren Zeiten von selbst zu ergeben schien, daß nämlich die Dereliction ursprünglich nur als **traditio ad incertam personam** aufgefaßt werden konnte? — Deuten ja doch auch die Institutionen mit den Worten **verius esse videtur** darauf hin, daß früher eine von der wahren Auffassung verschiedene gegolten habe.

Hiemit scheint mir ein Punkt gerechtfertigt, der für die ganze hier dargestellte Lehre von entscheidender Wichtigkeit ist. Nur durch ihn ist der Grund zu heben, den auch Puchta für seine Ansicht gleich voranstellt (Inst. II. S. 591). „Was „von der Tradition,“ sagt der scharfblickende Mann, „das muß „auch von der Occupation gelten; ohne die Ausschließung dieser von dem quiritischen Erwerb würde auch die Ausschließung „jener nicht denkbar sein, da ja sonst jede Tradition als eine „Dereliction und darauf folgende Occupation betrachtet, und „dadurch der Satz, daß sie nicht das quiritische Recht bewirkt, „erfolglos gemacht werden könnte.“

Sobald man nur unter dem hier gebrauchten Ausdruck: „Occupation“ lediglich die Dereliction versteht, also das was erst später als ein **occupare** (aber doch noch von der **occupatio** im engeren Sinne Verschiedenes) aufgefaßt wurde, so sind diese Worte für vollkommen richtig zu halten. Da sich die Dereliction aus der Tradition entwickelte, so muß auch, wenn wir später wieder bei der Tradition Veränderungen finden, die Dereliction ihr nothwendig gefolgt sein. Wir werden in der That das bisher besprochene Gebiet der körperlichen **res nec mancipi**, worauf sich die Dereliction anfänglich nur bezogen haben kann, alsbald erweitert sehen.

c) Surrogat mangelhafter Veräußerungen.

Die so strenge civilrechtliche Regel, daß das Eigenthum des Römischen Bürgers nur durch civile Formen von ihm hinweg

---

relicto habeat, simul intelligitur voluisse alicujus fieri.

und auf andere übergehen könne, erheischte auch abgesehen von der unter b. dargestellten Rechtsänderung ein allgemeines Surrogat; und das war die **usucapio**, auf deren weitere Natur hier nicht eingegangen zu werden braucht. Es genügt zu bemerken, daß in der Periode vor Entstehung des **in bonis**, von der wir hier noch immer sprechen, sie als Surrogat für die zwei Fälle eintrat: wenn Jemand **bona fide** eine Sache von einem Nichteigenthümer, oder vom Eigenthümer, aber ohne die civilrechtlichen Formen in den Besitz bekommen hatte. Von einer gültigen **alienatio**, also einem gleich vorhandenen materiellen Rechte an der Sache, konnte in beiden Fällen nicht die Rede sein, aber daß sie ein Grund zur Usucapion würden, war eine sich sehr empfehlende Billigkeit.

§. 41. **II.** Es mußte, wenn wir eine Entstehung des **in bonis** nachweisen wollen, die Darstellung der Zeit voraufgehen, von der Gaius sagt, entweder sei ein Jeder **ex jure Quiritium dominus**, oder gar nicht Eigenthümer gewesen, so daß man im letzteren Falle nur eine **bon. fidei possessio** kannte, welche durch Zeitablauf sich ins **dominium ex jure Quiritium** verwandelte.

Wie sich dieser Zustand verändern konnte, soll jetzt in einer zweiten Periode dargestellt werden.

1) Die **bonorum possessio** hat bereits, wie wir gesehen haben, geraume Zeit vor Cicero bestanden. Es ist schon im §. 38. angegeben worden, daß in ihr ein Fall des **in bonis** enthalten war. Wenn wir nun nachweisen können, daß sich dieser Fall ganz dazu eignet, den Begriff eines natürlichen Eigenthums zuerst zu construiren, und daß anderntheils alle anderen Fälle des **in bonis** in eine spätere Zeit zu setzen sind, als die **b. p.**, so wird damit der Beweis geliefert sein, daß aus der **b. p.** der Ursprung des ganzen **in bonis** abzuleiten ist. Beides wird uns vielleicht möglich sein.

Im §. 38. ist bereits angegeben, daß ein **bonorum possessor**, auch wenn er nicht **heres** ist, dennoch eine **b. possessio cum re** haben kann, wenn nämlich der vom Civilrecht Berufene durch Verzicht, durch Tod oder Verlust der Testamentifaction vor der Antretung hinwegfällt. — Es kann der

Prätor nicht um dieses Falles willen die b. p. eingeführt haben, indem einestheils dieser Annahme die oben von uns exponirten positiven Einführunsgründe entgegenstehen, anderntheils sie in sich selbst etwas Unwahrscheinliches sein würde. Es wäre danach die b. p. auf Fälle berechnet gewesen, die, völlig außer der Macht des Prätors liegend, von Zufälligkeiten abhingen, und doch auch so sehr häufig nicht gewesen sein können, daß darauf die Erbauung des ganzen Systems der b. p. als gerechtfertigt erschiene.

Dagegen, wenn wir annehmen, daß die b. p. sine re der Fall ist, auf den der Prätor bei Einführung des Instituts zunächst sein Augenmerk richtete, so erklärt es sich leicht, daß dabei ein Nebenpunkt vorkommen konnte, der, wenn auch von Zufälligkeiten abhängig, doch sobald er eintrat, durch das Bestehen der b. p. seine befriedigende Lösung erhielt. Obgleich nach dem Wegfallen der ersten Delation eine nochmalige Berufung nach Civilrecht in den meisten Fällen nicht zulässig war, so mußte doch ein sehr natürliches Billigkeitsgefühl darauf führen, daß in Ermangelung des heres die nächste Klasse die meisten Ansprüche auf die Erbschaft habe. Indem nun also der Prätor dieser die p. b. ertheilte, so war, ganz abgesehen von dem dadurch befriedigten Interesse der Creditoren, die Erbschaft dem zugewandt, dem nur die juris scrupulositas entgegenstand, daß er nicht selbst heres werden konnte. Es war damit zugleich, was oben als eine Haupttendenz des Prätors angeführt ist, ein dauerndes Mittel gegeben, der civilrechtlich noch fortbestehenden pro herede usucapio so viel Terrain als möglich zu entziehen.

So konnte der Prätor in keiner Weise daran denken, einer solchen durch das Wegfallen des heres zur cum re gewordenen b. p. seinen Schutz wieder zu versagen. Aber es drängt sich von selbst auf, welche Folgerungen aus diesem Verhältniß hervorgehen mußten.

Der b. possessor, welcher an und für sich nur mit Rechtsmitteln geschützt war, die gegen den wahren heres von keinem dauernden Erfolg sein konnten, vermogte damit doch gegen alle Nicht-heredes sein Recht geltend zu machen. Jetzt war nun der heres weggefallen, also sein Erbrecht gegen die ganze

übrige Welt geschützt; er hatte die definitive Herrschaft über das Vermögen. Konnte man sich verhehlen, daß hier, wenn auch die civilrechtlichen Erfordernisse fehlten, doch wenigstens nach einer natürlichen Anschauung ein vollkommenes Eigenthum an den Erbschaftssachen statt finde? Denn Eigenthum ist ja nichts Anderes als das Recht, selbst nach Belieben auf die Sache einwirken und die Einwirkung der übrigen Welt durch Klage und Einrede ausschließen zu können. Beides ist hier vorhanden.

Wir finden nun in der That dies natürliche Eigenthum bei den Römern anerkannt, aber wir sind unsicher, für welchen Fall es zuerst eingeführt sei. Wenn wir nicht entschiedene Gründe für das Gegentheil haben, so scheint doch jedenfalls die einfachste Erklärung die, wonach das neue Institut nicht durch reine Speculation des Prätors aus dem Nichts hervorgerufen, sondern wonach der neue Begriff, aus gegebenen Verhältnissen sich von selbst entwickelnd, und ohne direct darauf gerichtete Absicht, dann nur auf ähnliche einer besonderen Abhülfe bedürfende Fälle ausgedehnt worden wäre. So würde es sein, wenn wir aus der **b. p.** den Ursprung des **in bonis** ableiten. Doch sehen wir, ob sich auch wirklich die übrigen Fälle als erst später hinzugekommen rechtfertigen lassen.

2) Jedenfalls macht in dieser Hinsicht der des **bonorum emtor** keine Schwierigkeiten. Das Rechtsverhältniß desselben wird von Gaius [1]) stets als dem des **bonorum possessor** so ganz analog dargestellt, daß auch wohl kein Grund ist zu zweifeln, es habe sich wirklich historisch danach gerichtet.

3) Wir finden nun aber auch das **in bonis** bei Erwerbungen einzelner Sachen, und zwar tritt hier vorzüglich hervor der Fall der **traditio einer res mancipi**. Ebenso wie wir oben die **traditio** nur auf körperliche **res nec mancipi** beziehen konnten, ebenso müssen wir auch hier gleich diese Einschränkung machen [2]).

---

1) **III. 80. IV. 35. 145. 146.** – Ueber den Fall des Universalfideicommissars siehe Mayer in der Zeitschr. f. gesch. R. W. **VIII.** S. 58.

2) **Gai. II. 28.**

Nach unserer früheren Erörterung war, auch nachdem man bei der res nec manc. die traditio anerkannt hatte, für die res mancipi das alte Princip geblieben, daß sie nur auf formelle Weise von einem Römer auf den anderen übergehen könnten. Also alle Veräußerungshandlungen außer mancipatio und in jure cessio bewirkten noch gar keinen Eigenthumsverlust, aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus. — Die Römer konnten, da sie an formelle Geschäfte gewöhnt waren, nicht daran denken, dies alte Princip ganz aufzuheben, also durch traditio auch civilrechtliches Eigenthum an res manc. entstehen zu lassen, aber dennoch mußte, nachdem einmal die traditio bei den res nec. manc. ins Civilrecht eingeführt worden war, dies eine Milderung der Strenge herbeiführen, mit der man bisher bei den res manc. jenes Princip gehandhabt hatte. Auch hier können wir erkennen, daß der Prätor schrittweise verfahren ist, ohne nur von vorn herein die Absicht zu haben, einen Fall des natürlichen Eigenthums zu creiren. Das älteste Rechtsmittel lag wohl darin, daß man aus dem Veräußerungsgeschäft z. B. dem Kauf, eine Klage auf Vornahme der Mancipation gestattete [3]. Eine Abänderung des älteren Rechts liegt darin noch eigentlich gar nicht, indem diese Klage eine Folge der obligatio ist, welche sich von den Regeln über Eigenthumserwerb völlig unterscheidet. Aber es konnte doch diese Klage auf Vornahme der zum Eigenthumserwerbe nöthigen Formalitäten gerichtet werden, und so gewährte sie eine Aushülfe für mangelhafte Uebertragungen. Da Gaius ausdrücklich bemerkt, daß diese Klage auf mancipatio

---

3) Gai. p. 233. v. 7. — item si verbi gratia ex emto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus ita praescribere *ea res agatur de fundo mancipando*, ut postea si velimus vacuam possessionem nobis tradi, de tradenda . . . . . totius illius juris obligatio illa incerta actione: *quidquid ab eam rem NN. AA. dare facere oportet* per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio. — Nur von diesen Rechtsmitteln wird die in §. 41. J. de rer. div. erwähnte Bestimmung der 12 Tafeln in Beziehung auf res manc. geredet haben.

sich ganz trennen lasse von der auf **traditio**, so mußte sie doch auch zulässig sein, wenn die **traditio** bereits statt gefunden hatte.

Aber in diesem Falle ist doch das Recht des Empfängers nur aus der bestehenden **obligatio** abgeleitet, die **traditio** selbst gewährt ihm immer noch kein materielles Recht an der Sache. Sobald von einem auf dieser **traditio** ruhenden natürlichen Eigenthum die Rede sein soll, so mußte aus derselben durch eine **exceptio** und eine **actio** ein Schutz gegen Jedermann geboten werden. Also die Frage über das aus der **traditio** einer **res mancipi** hervorgehende **in bonis**, fällt völlig zusammen mit der anderen, seit wann für diesen Fall jene beiden Rechtsmittel bestanden haben, und zwar kann von einem wahren **in bonis** erst seit dem Bestehen des wirksamsten Rechtsmittels, nämlich der **actio**, die Rede sein.

Die **exceptio** zum Schutz der tradirten **res mancipi** wird wohl allgemein heutzutage als früher eingeführt angenommen, und es paßt dies auch mit der Allmähligkeit der Rechtsentwicklung vollkommen zusammen. Nur ist es unsicher, welche **exceptio** dies gewesen sei. Während man nämlich meist die **exc. rei venditae et traditae** dafür hält, hat neuerdings Mayer [4]) dies in Zweifel gezogen, obgleich freilich nicht mit genügenden Gründen. — Die singuläre Gestalt, in der die **exc. r. v. e. t.** im Justinianischen Gesetzbuche erscheint [5]), hindert uns nicht, ihre so natürlich schon aus dem Namen hervorgehende frühere Gestalt zu reconstruiren. Sie enthielt den Schutz gegen den Tradenten, welcher aus irgend einem Grunde von der Anerkennung seiner eigenen Traditionshandlung abweichen wollte. Demnach konnte sie ebensogut gegen den Eigenthümer als den **bonae fidei possessor** gehen. Der Grund, worauf Jener fußte, mußte natürlich der sein, daß er ja trotz der Tradition sein **dominium ex jure Quiritium** nicht verloren habe [6]); der frühere **bonae fidei possessor** (oder über-

---

4) Zeitschr. f. gesch. R. W. VIII. S. 35—48.

5) Tit. Dig. XXI. 3.

6) Auch Mayer gesteht es zu, daß die exc. in diesem Falle wirklich zulässig gewesen sei.

haupt jeder veräußernde non dominus) wird es aber nur auf den Grund hin, daß er später Eigenthümer geworden sei, unternommen haben, seiner eigenen früheren Traditionshandlung entgegenzutreten.

Hieraus erklärt sich die Gestalt in unseren Digesten sehr leicht. Jener erste Fall mußte nothwendig ausgeschieden werden, da das duplex dominium aufgehoben wurde. Es blieb also nur der zweite noch in praktischer Anwendung. Das eigentliche Princip der exc. aber blieb immer dasselbe, daß nämlich dem Käufer das habere licere nicht gestört werden dürfe, womit denn einestheils sich erklärt, wie leicht sich diese exc. aus dem in Note 3. angegebenen Rechtsmittel entwickeln konnte, anderntheils aber ihre innere Verwandtschaft mit der Eviction in die Augen springt. Daß sie daher im System der Römer gleich hinter der Eviction abgehandelt wurde, ist eine sich von selbst verstehende Folge.

Wie dies nun aber dem Satze entgegenstehen soll [7]), daß sie die Exception war, welche unseren Fall des in bonis schützte, ist nicht wohl einzusehen. Man kann sich ja doch die Entstehung dieses natürlichen Eigenthums nicht so denken, daß der Prätor plötzlich den Entschluß gefaßt habe, eine exceptio einzuführen, welche, nachdem er dann noch eine eigene Klage hinzugefügt haben würde, nun erst den Begriff des natürlichen Eigenthums gewährte. Sondern indem der Prätor aus dem Princip der Eviction eine Exception von bei weitem größeren Umfang eingeführt hatte, wurde dadurch auch der Empfänger gegen den tradirenden dominus geschützt. Darin lag noch kein in bonis, und so konnte also die exc. nicht um des in bonis willen eingeführt sein. Aber da sie bereits einen halben Schutz gegen den dominus gewährte, so konnte sie nun leicht die Veranlassung zu einem völligen Schutz gegen den dominus werden, d. h. es war billig, dem durch exc. bereits Gesicherten auch einen völligen Schutz durch Klage zu gewähren. Erst durch Einführung dieser Klage entstand hier der Begriff des in bonis, und somit kann die exceptio nicht aus dem in

7) Mayer a. a. O. S. 44.

bonis, sondern das in bonis muß aus der exceptio erklärt werden.

Ebenso ist auch der andere Gegengrund Mayers nur ein scheinbarer. Die rei vend. et trad. exc. reiche nämlich nicht für alle Fälle des in bonis hin, der Prätor müsse deßhalb eine andere exc. als allgemeinen Schutz des in bonis eingeführt haben. — Es liegt dem die Idee zum Grunde, daß der Prätor sich mit legislatorischer Ueberlegung den Begriff des natürlichen Eigenthums construirt, und ihn dann durch Rechtsmittel in die Praxis eingeführt habe, so daß dann auch in diesen Rechtsmitteln der reine Begriff des in bonis zu erkennen sein müsse. Aber diese Idee findet in den Quellen ihre Bestätigung nicht. Es giebt allerdings Institute, welche vom Prätor ganz neu ausgedacht, und als ein zusammengehöriges Ganzes in die Praxis eingeführt wurden, wie z. B. eben unsere b. p. — Dabei versteht es sich von selbst, daß auch in den Rechtsmitteln das Wesen des ganzen Institutes zu erkennen ist. Aber dann verfehlen auch unsere Quellen nie zu bemerken, daß die Thätigkeit des Prätors dasselbe hervorgerufen habe. Geschieht dies nun auch in Beziehung auf das in bonis?

Im Gegentheil scheint Gaius II. 40. 41., der doch sonst immer so genau die Prätorische Quelle angiebt, dies absichtlich hier zu vermeiden. Und in der That, wie konnte man auch z. B. bei der b. p. cum re sagen, der Prätor habe ein neues Eigenthum eingeführt? Die b. p. war um ganz anderer Zwecke willen aufgestellt, sie enthielt auch gar nicht immer das in bonis, aber von der anderen Seite trat dies auch wieder bei der b. p. ganz ohne des Prätors Zuthun ein. Der Prätor hat nicht das geringste Rechtsmittel neu ausgedacht, um dem b. possessor das in bonis zu verleihen; alle Rechtsmittel hatte derselbe auch ohne das in bonis ganz ebensogut, und nur äußere Umstände konnten das Resultat hervorbringen, daß man hier ein natürliches Eigenthum anzunehmen hatte. Wie kann man sagen der Prätor habe den bon. possessor das in bonis gegeben, während es sich

doch lediglich aus den Umständen entwickelt hatte [8]) und der Prätor nur nicht daran denken konnte, es ihm wieder zu nehmen?

Und hiermit hängt noch ein anderer Punkt zusammen. — Es giebt mehre sehr verschiedene Fälle, in denen die Römer das **in bonis** anerkannten. Dabei setzt nun Mayer sogleich voraus, es müßten auch die Schutzmittel für dasselbe in allen Fällen die nämlichen sein. Aber was berechtigt zu dieser Voraussetzung? — Offenbar muß doch zugegeben werden, daß die Klagen, die der **b. possessor** hat, ganz andere sind, als welche dem zusteht, der durch **traditio** eine **res mancipi** erhalten hat. Weßhalb sollen denn nicht ebensogut die Exceptionen bei beiden verschieden sein können?

Daß bei allen den verschiedenartigen Fällen ein **in bonis** statt finde, soll nur den gemeinsamen Gesichtspunkt ausdrücken, daß hier ein gegen Jedermann geschütztes Recht an Sachen statt finde. Aber dabei können die einzelnen Fälle sich in ganz selbständiger Weise entwickelt haben, und nur noch in dem Verhältniß zu einander stehen, daß einer von allen diesen Fällen der erste sein mußte, und zwar, da wir eine direct auf Construirung des **in bonis** gerichtete Thätigkeit des Prätors nicht annehmen können [9]), ein Fall, aus dem sich der Begriff des natürlichen Eigenthums von selbst ergeben mußte. Nachdem dieser vorlag, konnte der Prätor darauf kommen, auch andere Fälle darunter zu stellen, welche, wenn der Begriff nicht schon vorgelegen hätte, wohl nie diese Gestalt erhalten hätten [10]). — Die b. p. ist gerade der Fall, bei dem das **in bonis** nicht aus einer Nachahmung eines anderen Falles hervorgegangen sein kann; während dies bei allen übrigen sich denken läßt. Ist nicht also wohl der Schluß gerechtfertigt, daß die **b. p.** zuerst das **in bonis** hervorgerufen habe?

Jedenfalls aber muß doch dabei festgehalten werden, daß

---

8) Nur in solcher Weise spricht auch Gaius **III. 80.** von diesem Falle.

9) Deßhalb ist auch der Ausdruck: Prätorisches Eigenthum nicht passend.

10) Das gilt namentlich von dem servus jussu Praetoris ductus, und von der missio ex sec. decr. beim damn. inf. — Mayer a. a. O. S. 61.

man sich bei den späteren nachgeahmten Fällen nie so streng an die früheren band, daß man die schützenden Rechtsmittel in allen Fällen gleichmäßig construirt hätte, wie das eben durch das Beispiel der b. p. bewiesen ist. Und wenn wir in ihr gerade den Anfang des in bonis finden dürfen, so erklärt sich dies Princip von selbst. Da sich nämlich die Rechtsmittel des b. possessor nicht auf alle möglichen anderen Fälle anwenden ließen, so konnte man auch in der Folge nicht darauf kommen, eine Gleichmäßigkeit dieser Rechtsmittel zu dem gemeinsamen daß Begriff des in bonis gehöre.

Wenden wir dies nun noch besonders auf die traditio der res mancipi an, so ergiebt sich Folgendes. Da es auch von Mayer zugegeben werden muß, daß sie durch die rei vend. et tr. exc. völligen Schutz gegen den dominus erzeugt habe, so kann uns das genügen; daß der Prätor noch eine eigene, lediglich auf das in bonis gestützte exc. gegeben habe, würde eine Luxuriosität in der Aufstellung von Rechtsmitteln voraussetzen, wie die Römer sie für unnütz hielten. Und wenn nun Mayer dennoch diese eigene exceptio in der doli exc. gefunden haben will, so ist dagegen zu antworten, daß die rei vend. et tr. exc. nichts als eine doli exc. nur noch mit einem besonderen Namen ist, und wenn das auch nicht wäre, aus dem Bestehen der reinen doli exc. in anderen Fällen des in bonis nach dem oben Gesagten, noch nicht auf das Bestehen derselben in allen übrigen Fällen geschlossen werden darf.

Wenn wir uns also mit der rei vend. et trad. exc. begnügen dürfen, so wäre es doch aber möglich, daß nun wenigstens die Klage, welche zu dem Begriffe des in bonis bei unserem Falle noch durchaus nothwendig ist, lediglich zu diesem Zwecke eingeführt wäre. Aber auch davon wird, (was jetzt noch ausgesetzt bleiben muß) sich weiter unten das Gegentheil nachweisen lassen, woraus denn von selbst folgt, daß das natürliche Eigenthum an einer tradirten res mancipi überhaupt nichts vom Prätor direkt Beabsichtigtes, sondern nur etwas von den späteren Juristen Gefolgertes gewesen sein kann.

§. 42. 4) Aus der traditio einer res mancipi mußte auch für die derelictio eine andere Gestalt hervorgehen.

Die Einführung der traditio für res nec manc. hatte erst das Auswerfen der missilia und überhaupt die Dereliction aller körperlichen res nec mancipi juristisch möglich gemacht, aber weiter konnte dies natürlich auch nicht gehen. Also eine derelinquirte res mancipi konnte Jemand, der auch das Factum der Dereliction kannte, dennoch nicht durch Besitzergreifung in sein Eigenthum bringen, sondern er galt nur als bonae fidei possessor, der dann auch durch das Surrogat der usucapio zum quiritischen Eigenthum gelangen konnte [1]).

Seitdem aber die traditio bei den res mancipi ein volleres Recht, das in bonis, gewährte, mußte sich auch die Dereliction, als traditio ad incertam personam, anders gestalten. Man mußte offenbar dem Besitzergreifer gleich von Anfang an ebenfalls das natürliche Eigenthum zugestehen. Aber von der anderen Seite durfte man auch nicht weiter gehen, und ihm gleich das civile Eigenthum zusprechen, indem sonst der von Puchta gemachte Einwurf begründet gewesen wäre, daß die noch vollgültige Regel, res mancipi könnten nur

---

1) An diesem Orte kann endlich das gerechtfertigt werden, was oben (§. 4. Note 9.) einstweilen vorauszusetzen war: daß nämlich, indem man bei der pro herede usucapio das Princip der Herrenlosigkeit der her. jac. annahm, daraus noch nicht folgte, sie könne sogleich durch Besitzergreifung ins Eigenthum gebracht werden, sondern daß dazu noch eine usucapio nöthig war.

Die traditio der körperlichen res nec manc. scheint schon nach den 12 Tafeln quiritisches Eigenthum erzeugt zu haben (Ulp. XIX. 2. u. Hugo R. G. S. 210. Z. 14. — § 41. J. de rer. div. s. d. vor. §. Note 3.) Dagegen als man nun bei der pro her. us., bei der man sich ganz auf die 12 Taf. stützte, die ideelle hereditas für eine herrenlose, derelinquirte Sache auffassen wollte, konnte man sie natürlich nicht zu den körperlichen res nec mancipi rechnen, also durfte noch nicht in der Besitzergreifung, sondern erst in der Usucapion der civilrechtliche Erwerb derselben gefunden werden. Und so blieb es auch, seitdem die pro her. us. nur noch auf die res hereditariae ging, weil man an dem alten Institut nichts mehr verändern wollte. Ließ man doch auch die fundi in einem Jahre usucapiren!

durch mancipatio oder in jure cessio alienirt werden, jetzt immer durch Dereliction und darauf folgende Besitzergreifung hätte umgangen werden können. Und daß wirklich die Dereliction der res mancipi und die der nec mancipi zur Zeit der klassischen Juristen nach verschiedenen Rechtsregeln beurtheilt wurden, davon werden sogleich die uns übrig gebliebenen Spuren nachgewiesen werden.

5) Nur eine allgemeine Bemerkung ist noch für alle bisher erwähnten Fälle des in bonis vorauszuschicken. Die usucapio hatte bisher bloß auf die bon. fidei possessio sich bezogen, seitdem aber das in bonis bestand, mußte demselben, als dem majus, doch jedenfalls auch der Vortheil des minus zu Theil werden. So war also in der Usucapion das Mittel vorhanden, die in jedem einzelnen Falle mögliche divisio dominii durch Zeitablauf wieder in das quiritische Eigenthum aufgehen zu lassen. Das stellt denn auch Gaius bei der traditio der res mancipi gleich als das Ziel des ganzen Verhältnisses auf, so daß man es als einen Bestandtheil des in bonis auffassen muß, da die ganze Dauer, das Bestehen des abgesonderten in bonis davon abhängt [2]). Man kann danach das in bonis auch so definiren: es ist ein von Anfang an durch Klage und Exceptio geschützter Usucapionsbesitz. — Wir werden alsbald sehen, was sich hieraus für die Natur dieser Klage bei der traditio der res mancipi ableiten läßt.

Jedenfalls aber finden wir auch, ebensogut wie bei diesem Falle der traditio, bei allen anderen die Befugniß zur Usucapion. Wie sie sich bei der b. p. gestaltet, wird später abgesondert erörtert werden. Hier ist es nur nöthig, noch bei der Usucapion der derelinquirten res mancipi etwas zu verweilen.

---

2) Gai. II. 41.: nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficietur, ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo uscupias: semel enim impleta usucapione proinde pleno jure incipit, id est et in bonis et ex jure Quiritium, tua res esse, ac si ea tibi mancipata vel in jure cessa esset.

Wir finden in unseren Pandekten noch einen Titel pro derelicto (XLI. 7.), dessen Bestimmungen wir nach heutigem Rechte so erklären müssen, daß man Sachen usucapiren könne, welche vom Nichteigenthümer derelinquirt worden sind [3]). Es wird sich aber nachweisen lassen, daß die excerpirten Juristen bei der usuc. pro derel. etwas Anderes vorherrschend im Auge gehabt haben, und so ist für die hier einschlagenden Fragmente immer eine Doppelinterpretation, eine historische und eine practische, nöthig.

Vorerst muß die technische Bedeutung des immer wiederkehrenden Ausdrucks pro derelicto habitum festgestellt werden. Es heißt derselbe nicht, es sei eine Sache fälschlich von einem Dritten für derelinquirt gehalten, und könne in Folge dieses Irrthums usucapirt werden, denn es ist ausdrücklich anerkannt, daß die usucapio pro derelicto in dieser Weise ganz unzulässig sei [4]). Vielmehr muß, wie wir schon aus der eben citirten Stelle sehen, das habitum auf den animus des Wegwerfenden bezogen werden. Und es erklärt sich diese Ausdrucksweise von selbst aus der juristischen Gestalt, welche die Dereliction hat. Derelinquere heißt nämlich nichts, als: Wegwerfen, Verlassen; aber damit dies juristische Bedeutung habe, muß noch der animus des dominus sein Eigenthum hiermit aufzugeben, hinzukommen, (s. §. 40. Note 13.) also die Sache muß pro derelicto habita sein [5]). — Heutzutage befolgen wir nicht eine so strenge Terminologie, wir nennen eine derelinquirte Sache diejenige, woran der Eigenthümer wirklich sein Recht aufgeben wollte, aber wir müssen dann wenigstens dabei festhalten, daß die Römer in

3) Es ist dies auch die allgemein herrschende Ansi t. S. z. B. Unterholzner. Ausf. Verjährungslehre. I p 395. f. Mühlenbruch Pand. II. §. 262. Göschen Vorlesungen II §. 260 — Wening (Civilrecht I. §. 132. läßt gerade die wichtige Bestimmung über den Nichteigenthümer aus.

4) Fr. 6. pr. derel. — Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam.

5) Sehr deutlich ist das bloße Wegwerfen von dem pro derelicto habere getrennt, in fr. 43. §. 9. de furtis.

demselben Sinne nicht **res derelicta**, sondern **res pro derelicto habita** sagen.

Nun aber kommt in den Quellen, so viel ich weiß, keine Stelle vor, worin ausdrücklich von dem Falle die Rede wäre, daß die Sache **a non domino pro derelicto habita** sei. Sondern entweder findet sich bloß der Ausdruck **pro derelicto habitum**, oder es wird noch besonders hinzugesetzt, **a domino pro derelicto habita**, oder auf andere Weise deutlich gemacht, daß vom derelinquirenden Eigenthümer die Rede sei [6]). Also entsteht der Zweifel, ob die Römischen Juristen, wenn sie bloß **pro derelicto habitum** sagen, hier nicht ebenfalls an den derelinquirenden **dominus** denken, oder ob sie, wie es allerdings nach Justinianischen Recht zu verstehen ist, einen **non dominus** stillschweigend supponiren?

Schon von vorn herein können wir Letzteres wegen der Undeutlichlichkeit der Ausdrucksweise nicht wohl bei ihnen präsumiren, außerdem aber führt ein anderer bereits nachgewiesener Punkt mit Nothwendigkeit darauf, daß die klassischen Juristen, wenn sie von der **usucapio pro derelicto** sprechen, doch dabei das Eigenthum des Derelinquirenden voraussetzen mußten. — Seitdem die **traditio** quiritisches Eigenthum an **res nec mancipi** gewährte, mußte dies auch wie oben gezeigt ist, dieselbe Wirkung bei der Dereliction nach sich ziehen. Und als endlich Justinian die **mancipatio** und **in jure cessio** aufhob, und also durch **traditio** bei allen Sachen das ungetheilte Eigenthum entstehen konnte, da folgte freilich von selbst, daß **alle** derelinquirten Sachen sogleich mit der Besitzergreifung ins volle Eigenthum gelangen mußten, ebensogut wie das, **quod terra, mari, coelo** oder **ex hostibus capitur**. So war es denn also für Justinians Zeit durchaus angemessen, im **§. 47. J. de rer. div.** hiebei ausdrücklich den Ausdruck **occupatio** zu gebrauchen, [7]) und bei noch klarerer Durchschauung der

---

6) Fr. 43. §. 5. de furt. — Fr. 1. fr. 2. pr. fr. 3. pro derel. — Fr. 38. §. 1. de nox. act. §. 47. J. de rer. div.

7) Es ist indeß wohl möglich, daß die Römischen Juristen hier auch schon den Ausdruck **occupare**, aber jedenfalls in einer weiteren Bedeutung gebraucht haben. **Fr. 1. pro derel.**

Sache würde man diesen Punkt gleich von vorn bei der occupatio im §. 12. haben abhandeln müssen.

Aber zur Zeit der klassischen Juristen galt noch vollkommen der Satz, daß das civile Eigenthum an res mancipi nur durch mancipatio oder in jure cessio, sowie durch das Surrogat der Usucapion verloren gehen (alienirt werden) könne. Also die der traditio analoge Dereliction konnte dem Besitzergreifenden ursprünglich nur eine bonae fidei possessio, und seit die traditio das natürliche Eigenthum erzeugte, nur ein in bonis gewähren, welches sich dann erst durch die Usucapion mit dem dominium ex jure Qu. wieder vereinigte. Und das ist eben die usucapio pro derelicto, von der die Römischen Juristen sprechen, so daß wir also, wenn sie die Ausdrücke pro derel. habitum gebrauchen, nicht zweifeln können, sie hätten an den dominus gedacht, während wir aber für ihre Zeit auch voraussetzen müssen, daß sie immer von res mancipi redeten [8]).

Wir können nun in der That den früheren Rechtszustand noch aus den Pandektenfragmenten erkennen.

In fr. 4. pro der. sagt Paulus: Id, quod pro derelicto habitum est, et haberi putamus, usucapere possumus, etiamsi ignoramus a quo derelictum sit. Paulus würde doch mehr als undeutlich gewesen sein, wenn er hier einen Anderen als den derelinquirenden Eigenthümer vorausgesetzt hätte.

Ferner aber ist das bekannte, und schon so verschieden interpretirte fr. 5. pr. eod. zu bemerken:

> Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse, abs te emerim, me usucapturum constat, nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit.

---

8) Dem Begriffe nach mußte indeß die us. pr. derel. auch in dem Falle schon vorkommen können, wo ein non dominus eine Sache (manc. oder nec manc.) derelinquirt hatte. Aber die Juristen scheinen diesen Fall nicht abgehandelt zu haben, sonst würden doch gewiß die Compilatoren nicht verfehlt haben, davon ein Fragment aufzunehmen, statt daß sie sich nur begnügten, die Fragmente durch Interpolationen dem practischen Rechte anzupassen.

Es ist nicht genügend, daß Etwas pro derelicto habitum sei, sondern, wie die vorige Stelle sagt, der Besitzergreifende muß dies auch wissen, (haberi putamus) [9]). Also wer eine derelinquirte Sache lediglich in Besitz hat, ohne die Dereliction zu kennen, hat damit noch kein Recht an der Sache erworben. Von diesem Falle handelt unser Fragment. Es besitzt Jemand (possidebas) eine derelinquirte Sache, und gerade daraus, daß Pomponius bloß das possidere nicht aber das nothwendige Erforderniß des haberi putare anführt, geht hervor, daß er dies Erforderniß hier als nicht vorhanden annimmt. Entschieden leuchtet dies aus dem Gegensatze ein. Ein Anderer, sagt er, weiß, daß die Sache pro der. habita sei (ego sciens in ea causa esse). Aus dem Hervorheben dieses Umstandes muß doch natürlich geschlossen werden, daß jener possessor es nicht wußte. Aus diesem Nichtwissen leitet nun Pomponius die juristische Folge ab, daß die Sache nicht in bonis des possessor sei, und daraus folgt doch von selbst wieder, daß der sciens in ea causa esse, also hier der Käufer, sie sogleich in bonis hat, und in Folge dessen usucapiren kann.

Daß aber hier von einer vom wahren Eigenthümer derelinquirten Sache die Rede sei, geht einestheils aus den Worten: pro derelicto habitum hervor, indem doch Pomponius ebensowenig wie Paulus eine so bedeutende Undeutlichkeit Schuld gegeben werden kann, welche sich so leicht durch den Zusatz a non domino heben ließ. Anderntheils würde in dieser Voraussetzung eine völlige Unrichtigkeit liegen, indem Pomponius doch offenbar von dem scire und nescire die Frage abhängen läßt, ob ein in bonis vorhanden sei, oder nicht, wogegen, wenn ein non dominus derelinquirt hätte, überhaupt von einem in bonis nicht die Rede sein könnte. Endlich aber wird dies durch den folgenden Satz unmöglich, da wir doch dem Pomponius nicht überdem noch einen hinkenden Vergleich Schuld geben können. Er fährt fort: nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem juris est.

9) So auch in fr. 2. pr. eod.: si sciamus.

Offenbar soll dieser Fall ganz analog sein. Es wird auch hier das **sciens** vorausgesetzt, es wird ebenso das **velle** und **concedere** angenommen, welches nach dem gleich folgenden §. 1. auch in der derelictio liegt [10]) und so wird denn ausdrücklich hier der uxor das **dominium** zugesprochen. Danach mußte denn auch Pomponius in jenem Derelinquenten das dominium vorausgesetzt haben. —

Hiermit ist bewiesen, daß trotz der vom dominus vorgenommenen Dereliction, doch auf Seiten des Besitzergreifenden in Pomponius Zeit nur ein in bonis entstehen konnte. Da wir dies aus den obigen Gründen für die res nec mancipi nicht annehmen können, so bleibt nichts übrig, als daß Pomponius hier von den res mancipi gesprochen haben muß, was entweder aus dem Zusammenhange oder aus einer ausdrücklichen Bemerkung, die die Compilatoren strichen, hervorgegangen sein wird [11]).

Nur noch Eins muß in Beziehung auf die Dereliction hinzugefügt werden. Da sie ganz aus dem Gesichtspunkte der Tradition, also einer derivativen Erwerbart aufgefaßt wurde, so erklärt sich daraus die alte Ansicht des Proculus, der erst mit der Besitzergreifung das Eigenthum der Derelinquirenden als verloren annahm. Aber daß eine natürlichere Theorie sich nach und nach geltend machen mußte, braucht wohl nicht wei-

---

10) S. oben §. 40. Note 16.

11) Es ist nicht möglich, mit Sicherheit zu vermuthen, wie die Juristen in allen hieher gehörigen Fragmenten geschrieben haben mögen, da sich verschiedene Fälle denken lassen, von denen sie sprachen. So kann in fr. 2. pr. pro derel. es geheißen haben: Pro derelicto rem nec mancipi a domino habitam si sciamus, possumus acquirere; oder auch: Pro derelicto rem mancipi a domino habitam si sciamus, possumus usucapere. In diesem letzteren Falle müßte es dann im §. 1. statt domini gestanden haben: in bonis.

Uns genügt, daß wir annehmen dürfen, die Juristen können nicht so geschrieben haben, als wir's in den Pandekten lesen, und daß wir wenigstens dem Sinne nach an die Stelle setzen können, was sie gemeint haben.

ter gerechtfertigt zu werden. Man konnte noch immer daran festhalten, daß die Dereliction eine **traditio ad incertam personam** sei, (wie ja noch Pomponius es so klar ausspricht) aber da man die Sache gar keiner bestimmten Person aufbewahren wollte, weßhalb das bisherige Eigenthum noch bis zur Besitzergreifung als fortbestehend denken?

Diese Ansicht, von Sabinus aufgestellt, wurde bald die allgemein herrschende [12]), wodurch denn die **derelictio** freilich den Charakter einer rein derivativen Erwerbart verlor, ohne damit aber eine rein originäre zu werden. Und jedenfalls war hier wieder noch ein Unterschied zwischen den **res manc.** und **nec manc.** von Bedeutung. Bei Letzteren konnte man ganz unbedingt den Eigenthumsverlust gleich mit der Dereliction annehmen [13]). Dagegen bei den **res manc.** konnte durch das Wegwerfen der Sache offenbar nur das **in bonis** aufgegeben werden, welches ja auch durch die **traditio** verloren ging, während das quiritische Eigenthum beim Derelinquenten bleiben mußte [14]). Hier trat dann gerade die Usucapion ein, um das **in bonis** und das **dom. ex jure Quiritium** wieder in der Hand des Besitzergreifenden zu vereinigen.

Auf diese Weise war die juristische Consequenz bewahrt, aber da doch in dem **in bonis** die materiellen Eigenthumsrechte völlig concentrirt sind, so konnte man auch bei den **res manc.** den eigentlichen Verlust des Eigenthums in die Dereliction setzen. — Es giebt einen Grund, um dessentwillen die Römischen Juristen allgemein die Ansicht des Sabinus annehmen mußten. Und dieser Grund wird auch ausdrücklich in **fr. 43. §. 5. de furt.** damit in Verbindung gebracht. Wenn eine Sache (**manc.**

---

12) Fr. 43. §. 5. de furt. fr. 2. §. 1. pro derel.

13) Davon hat wohl Ulpian in fr. 1. pro derel. gesprochen.

14) Nur von diesem Falle kann wohl eine andere Aeußerung desselben Ulpian verstanden werden, welche nun freilich für unser heutiges Recht anders zu interpretiren ist. **Fr. 17. §. 1. de acq. vel am. poss.** — **Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult; possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. Si quis igitur ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere.**

oder nec. manc.) derelinquirt war, so mußte es doch widersinnig erscheinen, daß nun noch gegen den Derelinquenten ein furtum begangen werden könne, da ja gerade in der Dereliction der animus liegt, daß ein Jeder die Sache an sich nehmen dürfe (eaque, quum quis pro derelicto habeat, simul intelligitur, voluisse alicujus fieri). — Und umgekehrt konnte man nun auch nach der Dereliction die actio furti nicht mehr gegen den Derelinquirenden gestatten, welche entsteht, wenn der servus (also eine res mancipi) ein furtum begangen hat, und in Folge dessen derelinquirt worden ist [15]).

6) Es muß zuletzt noch kurz von einem Falle gesprochen werden, aus dem man häufig das ganze in bonis abgeleitet hat, nämlich von dem Eigenthum in den Provinzen. Es begreift dies sowohl das Recht am ager provincialis, als auch die bewegliche Habe der Provinzialen. Aber daß dies unter ganz anderen Gesichtspunkten steht, als das Römische in bonis, scheint mir leicht gezeigt werden zu können. Die ganze Theorie des in bonis beruht auf der divisio dominii, wie Gaius sagt, wogegen er ausdrücklich II. 40. bemerkt: apud peregrinos unum esse dominium, wogegen natürlich nicht das ebenfalls von Gaius II. 7. erwähnte staatsrechtliche Eigenthum des populus Romanus am solum provinciale eingewandt werden kann. — Die ganze Theorie vom in bonis hängt genau mit der usucapio zusammen, davon ist in den Provinzen nicht die Rede, und überhaupt sind die einzelnen Fälle des in bonis so ausschließlich aus besonderen Verhältnissen des Civilrechts hervorgegangen, daß für eine Einwirkung und einen juristischen Zusammenhang mit dem Peregrineneigenthum gar kein Platz ist, daß also auch die Rechts-

15) Fr. 38. §. 1. de noxal. act. (Freilich muß Julian statt: quia statim meus esse desinit wohl geschrieben haben: statim in bonis meis esse desinit). Uebrigens durfte noch nicht lis contestirt sein. Arg. fr. 37. eod. — Eine besondere Frage ist dabei noch, ob durch Dereliction der Sache auch die darauf gelegten dinglichen Lasten untergehen? Die bei weitem meisten Gründe möcten wohl für die Verneinung sprechen. Aber es sind lauter Gründe, welche zugleich zeigen, daß Dereliction in gewisser Weise noch heute eine derivative Erwerbart ist.

mittel zum Schutz des Einen und des Anderen von durchaus verschiedener Natur sein müssen. Allerdings hatten Beide das gemein, daß sie nicht quiritisches Eigenthum sind, aber dabei waren sie doch völlig zu trennende Fälle des natürlichen Eigenthums.

§. 43. **III.** Mit einigen Fällen des **in bonis** hängt, obgleich noch wesentlich verschieden, doch genau zusammen die Entstehung des fingirten Eigenthums für den **bonae fidei possessor (Publiciana actio)**. Der Prätor Publicus gestattete nämlich gegen das Ende der Republik, oder unter Augustus — einem Jeden der **in conditione usucapiendi** ist, eine **in rem actio**; und es ist bekannt, daß sie auf der Fiction der vollendeten Usucapion, also als Schutz für ein fingirtes Eigenthum errichtet ist [1]).

Es scheint mir mit ziemlicher Sicherheit bewiesen werden zu können, daß dies auch die **fictitia actio** dessen gewesen ist, der in Folge einer Tradition oder Dereliction des **dominus** eine **res mancipi** in das natürliche Eigenthum erhalten hatte. Aus folgenden Gründen:

1) Wenn man das Recht des Empfängers einer **res mancipi** überhaupt durch eine Klage schützen wollte, so liegt nichts näher, ja man mögte sagen, daß die Römer auf nichts Anderes kommen konnten, als auf die Fiction der vollendeten Usucapion. Das eigentliche **in bonis** gab es ja in diesem Falle erst seit Einführung einer gegen Jeden zu verfolgenden Klage. Vorher bestand nur eine zur Usucapion führende **bon. fid. possessio**, und es ist oben entwickelt (§. 42. Note 2.) daß das **in bonis** überhaupt nichts Anderes ist, als das nach allen Seiten (also auch durch Klage) gesicherte Recht, usucapiren zu dürfen. Konnte denn also diese Klage wohl

---

1) Gai. IV. 36. fr. 1. §. 1. de Publ. act. — Merito Praetor ait: nondum usucaptum; nam si usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam. Deßhalb ist sie aber auch jener ganz nachgebildet. Fr. 7. §. 8. eod.: In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

auf etwas Anderes gebaut werden, als auf die Fiction der vollendeten Usucapion?

Wir sind hier in der Lage, daß wir im Römischen Recht eine Klage finden, welche nach ihrer inneren Structur vollkommen mit diesem Falle des in bonis zusammenpaßt, während wir von einer anderen für das in bonis eingeführten Klage keine Spur haben [2]). Der Schluß daraus ergiebt sich von selbst.

2) Es ist häufig eingewandt worden, die Publ. act. könne nicht die Klage für das in bonis gewesen sein, da wir in fr. 1. pr. de Publ. act. noch die Edictsworte besäßen, welche ganz entschieden die Klage auf die Tradition a non domino beschränkten. Allein es ist eben so oft hierauf, und mit vollem Recht geantwortet worden, daß diese Worte für interpolirt zu halten seien.

Einestheils scheint mir unläugbar, daß die Edictsworte nur den singulären Fall der emtio und der darauf erfolgten Tradition betroffen habe. Wie soll es sonst zu erklären sein, daß fr. 7. §. 16. h. t., wo keineswegs ein Beispiel gegeben werden soll, nur von dem Falle des Kaufs die Rede ist [3]), daß im §. 11. desselben Fragments die Worte qui bona fide emit aus dem Prätorischen Edicte referirt werden, welche doch die Anfangsstelle dieses Titels nicht enthält? Ferner erkennen wir in der Erörterung der Römischen Juristen noch ganz deutlich, daß erst durch sie die Publiciana von einem singulären Fall auf andere analoge ausgedehnt worden ist, und dieser singuläre Fall ist wieder die emtio [4]). Wenn das Edict selbst

2) Die von Hugo zuerst aufgestellte Idee, daß die petitoria formula mit Hinweglassung der Worte ex jure Quiritium die fragliche Klage sei, hat so Vieles gegen sich, daß auch ihr Auctor sich von ihr als einer „schwerlich“ richtigen wieder abgewandt hat (Hugo R. G. S. 525. Z. 14 ff.), obgleich Andere noch daran festhalten. (Mayer Zeitschr. f. gesch. R. W. VIII. S. 17. Vangerow Leitfaden I. S. 476.) Weiter als mittelbar durch die Beweisführung im Texte kann ich mich auf diese Frage nicht einlassen. S. Walter R. G. S. 591. Note 43. und Puchta Inst. II. S. 600 ff. vgl. oben §. 39. Note 9.

3) „Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit, et ei res emta eo nomine sit tradita“

4) Fr. 3. §. 1. h. t. — Et non solum emtori bonae fidei com-

schon allgemein gelautet hätte, so würde ja eine solche Darstellung gar keinen Sinn haben. Endlich aber wird dies entschieden durch die ächte Quelle des Gaius IV. 36 bestätigt. Er sagt:

> **datur autem haec actio ei qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit.**

Also hier, wo er die practische Anwendbarkeit der Klage darstellt, hütet er sich wohl, bloß von der emtio zu sprechen, dagegen ist die Formel die er gleich darauf anführt, gerade auf diesen Fall gestellt [5]). Wie kann dies besser erklärt werden, als daß gerade hiervon das Edict sprach?

Und endlich was ist natürlicher, als daß Justinian, nachdem durch die Juristen die Klage eine so viel weitere Ausdehnung erhalten hatte, danach auch die Edictsworte umänderte, da es ihm doch auf historische Genauigkeit nicht ankam.

Wenn wir also von der einen Seite das Edict für enger halten müssen, als wir es in fr. 1. h. t. lesen, so muß es in anderer Beziehung wieder weiter gewesen sein, so daß wir die Worte non a domino für einen Zusatz Justinians zu halten haben. In dem ganzen Titel de Publ. act. wird die Begründung der Klage nur auf das Tradirtsein ex justa causa gestellt, also für die Abfassung der Klage war es noch ganz einerlei, ob die Sache vom dominus oder non dominus tradirt war. Damit ist nicht gesagt, daß der dominus

---

petit Publiciana, sed et aliis etc. Die Worte ex justa causa können dennoch schon im Edict gestanden haben, da sie wie dies eben citirte fr. 3. §. 1. beweist, zu petet gehören. Das Edict hat vielleicht so gelautet: Si quis, qui bona fide emit, id quod ei traditur, ex justa causa et nondum usucaptum petet, judicium dabo. — Also die petitio soll nicht bloß auf die traditio, sondern auch auf die justa (emtionis) causa gestellt sein, quia nemo sibi causam possessionis mutare potest. — Diese Worte ex justa causa waren aber gerade dazu geeignet, daß die Juristen die Klage nicht auf die emtio einschränkten.

5) L. c. — „judex esto, si quem hominem AA. emit, isque ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ejus ex jure Quiritium esse oporteret“ etc.

sich gegen die Klage nicht hätte schützen können. Es ist vielmehr ausdrücklich anerkannt, daß ihm die **exceptio justi dominii** zustand [6]). Wer aber die Römische Theorie von den Exceptionen kennt [7]), wird darin den sicheren Beweis finden, daß, da hier eine **exceptio** gegeben wurde, nicht schon für die Begründung der Klage darauf Rücksicht genommen werden konnte, ob vom **dominus** oder **non dominus** tradirt sei. Wenn die **Publ. act.** darauf gestellt gewesen wäre, daß **a non domino** tradirt sei, so würde die Behauptung des Gegners, er sei **dominus**, ein Läugnen des Klaggrundes, aber keine **exceptio** gewesen sein. Den Compilatoren ist es freilich kaum zuzurechnen, daß sie nicht einsahen, die Aufnahme der Worte **non a domino** in das **fr. 1.** sei ein Widerspruch gegen die letzten beiden Fragmente desselben Titels [8]).

3) Häufig wird gegen die hier vertheidigte Ansicht noch der Grund angegeben, es habe allerdings, wer das **in bonis** hatte, auch von der **Publ. act.** Gebrauch machen können, aber dies sei doch immer nicht die Klage, welche man unmittelbar für das **in bonis** habe einführen müssen.

Aber hiermit kommen wir auf das zurück, was oben gesagt wurde, daß es nämlich eine **petitio principii** ist, für das **in bonis** ganz eigens organisirte Rechtsmittel vorauszusetzen. Ebenso wie wir früher gezeigt haben, daß die **rei vend. et trad. exc.** das Schutzmittel für gewisse Fälle des **in bonis**, aber freilich nicht bloß für dieses war, so wird auch hier dasselbe für die Klage angenommen werden dürfen. Und zwar läßt sich hier nach dem eben unter № 2. Bemerkten ein innerer historischer Zusammenhang zwischen jener **exc.** und der **act. Publiciana** entdecken. Wenn auch die Letztere von den Juristen viel weiter ausgedehnt wurde, so ging doch ihre ei-

---

6) Fr. 16. u. 17. h. t.

7) Vergl. bes. Savigny System V. S. 160 ff.

8) So ist denn auch in der Conception der Klagformel bei Gaius (Note 5) keine Spur einer Rücksicht auf den dominus. — Die von Mayer a. a. O. S. 22. gegen das im Text Angenommene vorgebrachten Gründe haben mich nicht überzeugen können. Ich kann aber auf deren Widerlegung hier nicht weiter eingehen.

gentliche Conception auf **Verkauf und Tradition**, also sie hat durchaus dieselbe Grundlage wie die **rei venditae et traditae exc.** Denselben Umfang nun, den wir der **exceptio** zugestehen, müssen wir auch der actio anweisen. Ich glaube gezeigt zu haben, daß die Publ. act. ohne alle Rücksicht, ob a domino oder a non domino tradirt worden war, concipirt wurde. Also sie konnte in beiden Fällen angestellt werden. Wenn nun Jemand die Sache a non domino erhalten hatte, und dann gegen den wahren dominus klagte, so schadete ihm allerdings die exceptio dominii. Wenn er sie dagegen vom dominus bekommen, und nun von ihm die nochmalige Herausgabe verlangte, so konnte freilich dieser ebenfalls die exceptio justi dominii vorschützen, da eine traditio der res mancipi das quiritische Eigenthum nicht aufhören macht. Aber da reus in excipiendo actor est, so mußte doch hier für den excipirenden dominus dieselbe Lage entstehen, wie wenn er gegen den Empfänger die Vindication anstellte. Also wie gegen diese die exceptio rei venditae et traditae gegeben worden wäre, so mußte hier gegen die exceptio dominii die replicatio rei vend. et trad. eintreten [9]).

---

9) Fr. 4. §. 32. de doli mali exc. (vergl. fr. 72. de rei vind.) — Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres exstiterit, et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit, Julianus ait, aequius esse Praetorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summoveretur, et si ipse eum possideret, et Publiciana peteres adversus excipientem: „si non suus esset,“ replicationeettereris, ac pro hoc intelligeretur eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet. Diese Stelle scheint mir, wenn sie auch an sich von einem anderen Falle spricht, doch namentlich wegen der Endworte für das im Text Gesagte vollkommen entscheidend. — Der spätere Eigenthumserwerb soll auf die frühere Veräußerung retrotrahirt werden, so daß also der Tradent schon durch diese Veräußerung sein in bonis verloren hat, es mithin bei der zweiten Veräußerung gar nicht mehr übertragen kann.

Der erste Empfänger kann sich demnach durch eine replica doli

So war durch einen einfachen Mechanismus völliger Schutz für das **in bonis** vorhanden, und sollen wir nun doch annehmen, daß der Prätor, bloß um sagen zu können, es gebe auch einen eigenen Schutz für diesen Fall des **in bonis** (denn auf alle Fälle ist es ja nicht anzuwenden) noch eine besondere Klage eingeführt habe?

Wenn es hiemit als gerechtfertigt erscheint, der **Publiciana act.** ganz das Gebiet der **rei venditae et traditae exc.** zuzuweisen, also sie gleichmäßig für die Klage des **bonae fidei possessor** und des natürlichen Eigenthümers einer tradirten **res manc.** zu halten, so wird doch wohl Niemand uns den Vorwurf machen, daß wir das **in bonis** in eine reine **bon. fid. possessio** verwandelten. Daß sich beide Rechtsverhältnisse genau unterscheiden, ist bekannt[10]), und die **Public. act.** ist gerade eine Klage, welche, da sie auf das Recht des Tradenten keine Rücksicht nimmt, gleichmäßig auf die **bon. fidei poss.** und das **in bonis** paßt, und also nicht vorzugsweise für das Eine oder das Andere eingeführt sein kann. Das Recht des Tradenten kommt erst durch die **exceptio** zu Tage, und dadurch scheidet sich denn auch das Verhältniß der **bon. fidei poss.** von dem **in bonis**, indem diesem noch eine **replica** zur Seite steht, welche bei jener nicht anwendbar ist.

Jetzt können wir nun auch leicht das Endresultat unserer ganzen Untersuchung ziehen. Die **Publiciana actio** ist gewiß erst am Ende der Republik oder im Anfange der Kaiserzeit aufgestellt[11]). Also die **traditio** einer **res mancipi**, und alle

---

(oder rei vend. et tr.) schützen, und es wird dies ausdrücklich mit der exceptio gegen die Klage des Tradenten als gleichartig zusammengestellt. Da aber dieser ganze Schutz gegen den dominus daraus abgeleitet wird, daß der Empfänger durch das spätere Erbewerden des Tradenten das in bonis erhalten habe, so müssen doch auch dieselben Schutzmittel bestanden haben, wenn dem Empfänger gleich von Anfang an das in bonis zustand, weil der Tradent schon bei der Tradition Eigenthümer gewesen war.

10) S. z. B. Ulp. fr. **XIX. 20 u. 21.**

11) Hugo R. G. S. 525.

Fälle, welche sich analog an diese anschließen, sind erst um diese Zeit der Grund eines natürlichen Eigenthums geworden. Da nun die bon. poss. den einzigen Fall des in bonis enthält, welcher schon vor dieser Zeit bestanden hat, so folgt, daß es gerade die bon. possessio gewesen sein muß, welche den Begriff des natürlichen Eigenthums hervorgerufen hat.

II. Die in der b. p. als einer justa possessio liegenden Rechte.

§. 44. Das in bonis setzt immer die Befugniß zur Usucapion voraus, aber nicht umgekehrt erfordert die Usucapion stets ein in bonis, vielmehr muß nur eine bon. fid. possessio vorhanden sein, welche implicite auch in dem natürlichen Eigenthum enthalten ist.

Also liegt in der b. p. nicht bloß deßhalb ein Recht zur Usucapion, weil sie in gewissen Fällen cum re ist, und das in bonis gewährt, sondern auch wenn sie zur sine re werden kann, ist sie ein von der Autorisation des Prätors ausgegangener Besitz, eine bonae fidei possessio, die daher stets die Berechtigung zur Usucapion mit sich führen muß. Aber da wir es hier mit dem Besitze einer Erbschaft zu thun haben, so gestaltet sich in Folge der eigenthümlichen pro herede usucapio der Grund zur Ersitzungsbefugniß noch ganz anders. Vor Hadrian nämlich durfte sich Jedermann die Erbschaft aneignen und usucapiren, es war ein justus titulus dazu gar nicht weiter erforderlich, also der bon. possessor hat dasselbe Recht gar nicht erst aus dem Grunde der justa possessio, sondern lediglich schon in Folge der Besitzergreifung und in Gemäßheit der civilrechtlich erlaubten pro herede usucapio. Da diese nun aber früher eine Ersitzung des Erbrechts selbst, und später nur der res hereditariae enthielt, so entstehen daraus für die b. p. drei Fragen.

Entweder gewährt nämlich die b. p. eine Ersitzung der hereditas selbst und hat diesen Charakter behalten, auch nachdem die pro her. us. nicht mehr in dieser Weise bestand,

oder sie enthielt von Anfang an nur die Ersitzungsbefugniß für die einzelnen **res hereditariae**, oder endlich kann sie früher eine Usucapion des Erbrechts dargeboten und sich dann zugleich mit der **pro her. us.** in eine Ersitzung des **res singulae** verwandelt haben.

Was von diesen drei Möglichkeiten das Richtige sei, ist an eine Widerlegung der Ansicht Huschke's [1]) anzuknüpfen, welcher Schriftsteller aus der Usucapionsbefugniß des **bonorum possessor** die ganze Entstehung des Institutes ableitet. Mit Recht bemerkt darüber v. Vangerow [2]), es sei zu bedauern, daß Huschke, durch den engen Raum einer Recension abgehalten worden, seine Hypothese genauer zu begründen. Indem dabei gar Manches in Betracht Kommende unerwähnt geblieben ist, wird der Boden für eine Widerlegung schlüpfrig und schwer zu betreten.

Huschke beginnt mit einer allgemeinen mehr philosophischen Bemerkung. Es bestehe im Römischen Rechte der eigenthümliche Gegensatz von dem Innerlichen, dem eigentlich Rechtlichen, und dem Aeußerlichen, welchen die beiden Organe des civilen und prätorischen Rechts entsprächen. Ebenso wie sich dies beim Eigenthume in der Zersplitterung in das **ex jure Quiritium** und das **in bonis esse** zeige, so lasse sich diese doppelte Seite auch bei der Erbschaft durchführen. Entweder nämlich bilde sie die **familia**, welche nur durch das Civilrecht **ex testamento** oder **lege** deferirt werden könne, oder sie werde nur als äußerliches Vermögen (**bona**) aufgefaßt, das an sich noch keinen Herrn habe, also von Anderen in Besitz genommen werden dürfe, und durch **annua usucapio** das Recht der Erbschaft selbst gewähre.

Mir scheinen dergleichen allgemeine Abstraktionen in allem Rechtshistorischen sehr gefährlich, indem sie so leicht dazu führen, in die vorgefaßte Theorie das Gegebene hineinzuzwängen, und so das Individuelle der einzelnen Rechtsverhältnisse um einiger gemeinsamen Gesichtspunkte willen in Schatten zu stellen. — An sich ist jener von Huschke aufgestellte Gegensatz

---

1) Richtersche Jahrb. 1839. S. 11 – 15.
2) Leitfaden II. S. 13.

des Innerlichen und Aeußerlichen nichts Anderes, als was man nur in anderen Worten als den Charakter des Prätorischen im Gegensatz des Civilrechts anzugeben pflegt. Das Civilrecht ist der Inbegriff alles in früherer Zeit bei den Römern allein geltenden Rechtes. Also was später vom Prätor eingeführt wurde, war vorher außer dem Rechtsgebiete gelegen, also nur ein Complex äußerlicher, factischer Verhältnisse, denen die innere Rechtlichkeit fehlte. Indeß ist dabei zweierlei wohl zu bemerken, einestheils, daß auch schon das Civilrecht vielerlei an sich rein factische Verhältnisse kennt und schützt, wie ja gerade hier Huschke seiner Theorie bereits untreu werden muß, indem das äußerliche Besitzen und Usucapiren der **bona** vollkommen ein Institut des Civilrechts war. Anderntheils aber verlor doch das, was der Prätor unter bisher nicht geltende Rechtsregeln stellte, eben dadurch den Charakter des Factischen, es wurde ein Innerliches, Rechtliches. Ich will hier nicht darauf eingehen, ob man nicht dem **dominium ex jure Quiritium**, welches bis zur Usucapion noch neben dem **in bonis** fortbestand, sehr viel mehr den Charakter des Aeußerlichen und dagegen dem **in bonis** den des innerlich Rechtlichen beilegen könne. Nur das muß ich hier hervorheben, wie Huschke in der Entwicklung des Ursprungs der **b. p.** nothwendig den Punkt, von dem er gerade ausgeht, inconsequent verlassen muß. Indem sich nämlich schon im Civilrecht die höchste Potenz des bloß äußerlichen grundlosen Usucapirens findet, so kann man die **b. p.**, wenn man sie hieran überhaupt anknüpfen will, nur so auffassen, daß sie für das bisherige grundlose Besitzen der Erbschaft einen Grund, also ein Innerliches eingeführt habe. Und so sagt Huschke selbst der Prätor habe „bei dieser **improba possessio** die dem Rechte zugekehrte Seite aufrecht erhalten.“ Dann aber kann man doch dies Prätorische Recht nicht das Aeußerliche, das dem Innerlichen, eigentlich Rechtlichen, Entgegengesetzte nennen [3]).

Die Art, wie nun Huschke die **b. p.** an die **pro herede**

---

3) Hiernach scheint mir auch beurtheilt werden zu müssen, was Huschke über die Vertheilung der Beute sagt. Im Allgemeinen enthält dieser Fall aber wohl Nichts, was für die Gestaltung der **b. p.** etwas bewiese.

usucapio anknüpft, ist folgende. Meistens habe ohne Zweifel der wahre heres den Besitz des Nachlasses ergriffen [4]). Aber ungefähr seit der lex Licinia de modo agri (388), welche überhaupt einen Wendepunkt zum Ueberwiegen des Aeußerlichen hin in der Röm. R. G. bilde, habe die Gewinnsucht sich über Religion und Ehrenhaftigkeit zu erheben angefangen, es hätten sich jetzt unberechtigte Dritte der Erbschaft bemächtigt. Dadurch sei die pro herede usucapio eine improba geworden [5]), und so habe der Prätor interveniren müssen. Er habe jetzt die pro herede usucapio neu geregelt, und die b. p. sei ursprünglich nichts Anderes, als eben die Prätorische Verleihung der pro herede usucapio, welche anfangs wohl ohne Weiteres durch Einweisung in den Besitz (bona possidere), später durch Aufstellung eines Rechtsmittels zur Erlangung des Besitzes (des Int. quor. bon.) beschafft worden sei. Dadurch habe der Prätor dreierlei Zwecke erreicht, nämlich die Verhütung einer Zersplitterung des Vermögens, die Ertheilung des Vermögens an den Würdigsten (s. darüber oben §. 25. Text zu Note 5 u. ff.), und die Berichtigung der sacra und der Schulden, weßhalb denn auch unter den berufenen würdigen Competenten eine Reihenfolge (successorium edictum) habe aufgestellt werden müssen.

Aus der Zusammenhaltung dieser Ansicht mit der von mir über den Ursprung der b. p. gegebenen, geht hervor, daß ich den ersten und dritten dieser Zwecke, für vollkommen richtig erkenne. Aber wenn Huschke die wahre Bedeutung derselben verfolgt hätte, so würde sich daraus, wie ich meine, von selbst ergeben haben, daß seine eigentliche Ansicht über den Ursprung der b. p. nicht haltbar sei. Ich glaube es oben nachgewiesen zu haben, daß die b. p. keine Verleihung an den persönlich Würdigsten, sondern an die Klassen des Civilrechts war, daß

---

4) Die Bedeutung der pro herede usucapio wird hiebei von Huschke ebenso aufgefaßt, wie dies oben von uns gethan ist, nämlich als ein Mittel, daß Creditoren und Pontifen (wegen der sacra) baldmöglichst befriedigt würden, und es kann auch wohl nach Gaius (II. 55.) klaren Worten hierüber kein Zweifel mehr bestehen.

5) In wie weit dies richtig sei, ist oben entwickelt worden.

sie also nicht hauptsächlich die Aufstellung neuer Erbprätendenten enthielt, welche dann nur nebenbei in eine bestimmte Reihenfolge (**successorium edictum**) rangirt worden wären, sondern daß sich alle Regeln über die subjective Berechtigung zur b. p. lediglich in dem **successorium edictum** concentriren, welches in Beziehung auf die civilrechtlichen **ordines** proponirt wurde. Auf diese Punkte braucht also auch nicht weiter mehr eingegangen zu werden. Hier ist darzuthun, daß auch die objectiven in der **b. p.** ursprünglich enthaltenen Rechte von Huschke nicht wohl erfaßt sind. — Er spricht es freilich nicht deutlich aus, aber dennoch muß er es ohne Zweifel annehmen, daß die **b. p.** zu einer Zeit eingeführt sei, in welcher die **pro herede usucapio** noch in ihrer ältesten Gestalt, als eine Ersitzung des Erbrechts selbst, bestand. Denn nur so lange folgte daraus die Verpflichtung zur Zahlung der Schulden und (abgesehen von dem Pontifenedicte) zur Leistung der **sacra**, und Beides wollte ja der Prätor erreichen, indem er nach Huschkes Meinung die **b. p.** als **pro herede usucapio** verlieh. Es ist nun schon oben (§. **17.**) dargestellt worden, daß diese Auffassung unzulässig sei, indem man entweder, was aber unmöglich ist, in der **b. p.** auch noch für die spätere Zeit diese Usucapionsbefugniß des Erbrechts wiedererkennen müßte, oder eine wesentliche Umgestaltung der **b. p.** anzunehmen hätte, wodurch sie aus einer Verleihung der **pro herede usucapio** zu dem geworden wäre, was sie später war. Letzteres namentlich scheint Huschkes Ansicht zu sein, aber da ihr Quellenaussprüche nicht zur Seite, ja vielmehr entgegenstehen, da eine innere Wahrscheinlichkeit, so viel ich einzusehen vermag, dafür nicht zu finden ist, so darf damit unser Gegner schon als widerlegt angesehen werden. Es ist aber hier noch ein letzter Grund hinzuzufügen.

Daß die **b. p.** ursprünglich nur die Verleihung eines Usucapionsbesitzes war, gewinnt einigen Schein durch das Rechtsmittel, welches wir auch noch in späterer Zeit finden, das **Int. quor. bon.**, welches **adipiscendae possessionis** ist. Und so nimmt denn auch Huschke an, daß dies Interdict, welches an die Stelle der directen Einweisung in den Besitz getreten war, das genügende und alleinige Rechtsmittel für die ursprüngliche

Gestalt der b. p. gewesen sei. Aber damit zerfällt wieder die ganze Theorie, indem sich die b. p., welche doch eine Ersitzung der ganzen Erbschaft sein sollte, natürlich auch auf die ganze Erbschaft erstrecken mußte. Wir werden nun später sehen, daß sich das **Int. quor. bon.** gar nicht als Universalklage auf die ganze Erbschaft bezieht, daß es nicht auf Forderungen und Schulden geht, und so würden denn die beiden Zwecke, welche Huschke selbst angiebt, nämlich die Bewahrung der einheitlichen Natur der **bona** und die Befriedigung der Gläubiger gar nicht erreicht sind.

Die strenge Verfolgung dieser Zwecke führt also darauf, daß wir die b. p. nicht an die Usucapion der **hereditas** anknüpfen [6]), sondern bei ihr, so lange sie überhaupt bestanden hat, nur eine Usucapion der **res hereditariae**, also der einzelnen körperlichen Erbschaftssachen, annehmen dürfen, und damit verschwindet denn alle Möglichkeit, die Absichten des Prätors aus der Ertheilung einer Usucapionsbefugniß erklären zu können. Vielmehr haben wir ein Anderes als das Grundprincip der b. p. unterzulegen, die Fiction des Erbrechts, neben der die Usucapionsbefugniß der körperlichen Sachen, wenn sich deren in der Erbschaft fanden, als etwas Accidentelles bestand. Es würde nämlich dieselbe schon nach den gewöhnlichen Regeln der Usucapion aus der Prätorischen Verleihung des fingirten Erbrechts folgen, und alsdann wäre sie allerdings etwas mit dem Grundprincipe der b. p. Zusammenhängendes. Sie würde dann in zwei Jahren das Eigenthum an **fundi**, in einem Jahre an den übrigen Sachen gewährt haben. Aber da, wie Gaius (**II. 54.**) sagt, bis auf Hadrian **tamen in omnibus rebus hereditariis annua usu-**

6) Es ist oben (§. 17.) schon hervorgehoben worden, daß doch wahrlich der Prätor, wenn er die Creditoren schützen wollte, nicht ein Institut aufgestellt haben wird, welches in sich selbst, abgesehen von den Agnitionsfristen, noch wieder den Aufschub eines Jahres (bis zur Usucapion) enthielt, und noch außerdem davon abhing, daß der Besitz der Erbschaft nicht wieder unterbrochen werde. Wir dürfen uns doch den Prätor nicht so Gedanken-arm vorstellen, daß er nicht ein Mittel gewußt hätte, den **b. possessor** gleich von der Verleihung an, den Creditoren für verhaftet zu erklären.

capio remansit, so verstand es sich von selbst, daß dies dem **b. possessor** eben so sehr zu Gute käme, wie Jedem Anderen. Indeß liegt darin auch schon, daß dies gar keine, aus dem Rechte der **b. p.** fließende Befugniß ist.

Endlich ist hiermit denn auch festgestellt, daß in dem Usucapionsrechte gar keine Ausschließung der **hereditatis petitio** liegt, welche, um die **b. p** zur **sine re** zu machen, auch nachdem der **b. possessor** schon über ein Jahr im Besitz ist, angestellt wird. Allerdings können die einzelnen bereits usucapirten Sachen jetzt nicht mehr gefordert werden, aber einestheils ruht dies Recht zur Zurückbehaltung der Sachen gar nicht direct auf dem Rechte zur **b. p.**; und anderntheils fordert der Kläger mit der **her. pet.** gar nicht direct diese Sachen, sondern Anerkennung seines Erbrechtes. Deßhalb mußte sie denn auch nach Ablauf des Jahres noch angestellt werden können, und das Resultat war, daß Alles zur Erbschaft Gehörige, woran keine wahre **possessio** möglich ist, sowie alle körperlichen Sachen, welche der **b. possessor** erst später in Besitz bekommen und noch kein Jahr besessen hatte, auf den siegenden Kläger übergingen [7]).

III. Die in der b. p. als Fiction des heres, enthaltenen Rechte.

§. 45. Wir gelangen nunmehr zu der dritten, der wichtigsten Frage, welche Rechte nämlich dem **b. possessor** als fingirtem **heres** zustanden? Mit Absicht haben wir dieselbe die letzte sein lassen, damit aus der Erörterung der übrigen sich schon von selbst entwickelte, daß in ihr der Hauptpunkt, das Grundprincip der **b. p.** enthalten sei. Wir werden also, da uns in dieser Hinsicht keine Abschweifungen und Widerlegungen entgegenstehender Ansichten mehr obliegen, mit desto

7) Danach versteht sich auch von selbst, daß das bei der **b. p. cum re** vorhandene in **bonis** sich nur auf die Sachen, welche besessen und usucapirt werden können, also auf die körperlichen **res hereditariae** bezog.

größerer Schärfe und Deutlichkeit dem eigentlichen Kern unseres Institutes uns zuwenden können.

Hier ist denn auch der Ort, wo der Name: **bonorum possessio** seine Erklärung finden kann, da das Vorhergehende schon genügende Hinweisungen auf dieselbe enthält. — **Bon. poss.** dürfen wir nicht übersetzen und verdeutlichen wollen durch: Besitz der Erbschaftsgüter, wie dies Huschke meint, wenn er sagt, die **b. p.** sei die Prätorische Hülfe für das schon längst bestehende **bona possidere** gewesen. Der Ausdruck bedeutet vielmehr die **possessio**, d. i. die factische Ausübung des **jus heredis**. Deßhalb hieß sie ursprünglich wohl allein **hereditatis possessio**, wie sie wenigstens noch von Cicero genannt wird [1]), so wie ja auch im Edicte stand: **hereditatem dabo** oder **possessionem dabo**, bei welchem Letzteren gewiß nicht **bonorum** sondern: **hereditatis** zu suppliren ist. Und so wird denn auch die Erklärung des Prätors gegen den Agnoscirenden anfangs immer gelautet haben: **do tibi hereditatem** oder **hereditatis possessionem**.

Dieser den Sinn der Sache viel richtiger wiedergebende Ausdruck wurde nun aber nach Ciceros Zeit fast ganz verdrängt [2]), und es trat die Bezeichnung **bonorum possessio** an die Stelle. Der Grund dafür scheint mir ziemlich nahe zu liegen. — Der welcher der **pro herede usucapio** gemäß, die Erbschaft oder einen Theil davon sich verschafft hatte, um sie zu ersitzen, konnte nicht wohl anders als **hereditatis possessor** genannt werden [3]). Hier bedeutete nun freilich das Wort **hereditas**, seit der zweiten Periode der **pro herede usucapio**, nur die Erbschaftssachen; bei dem Prätorischen Institute dagegen hat **hereditas** die zweite Bedeutung des **jus successio-**

---

1) S. oben §. 24. Note 2. §. 19. Note 1.

2) Er findet sich auch noch bei Labeo, der aber schon den anderen Namen daneben stellt. „**Hereditatis autem bonorumve possessio ut Labeo scribit.**" **Fr. 3. §. 1. de b. p.**

3) Die Ausdrücke pro herede oder pro possessore possessores beziehen sich, wie oben (§. 6) entwickelt ist, nur auf den Erbschaftsproceß. Im Allgemeinen sind sie beide **hereditatis possessores.** — In solchem Sinne finden wir den Ausdruck noch in den Pandekten, z. B. **fr. 17 u. 18. de her. pet.**

nis. Gerade wegen dieser zwei Bedeutungen des Worts **hereditas** mußte auch der Ausdruck: **hereditatis possessio** zweideutig sein und zu Verwechselungen Anlaß geben. So lange das Römische Rechtsleben noch ohne Absonderung einer eigentlichen Rechtswissenschaft bestand, war dieser Mangel weniger fühlbar; als aber theoretische Entwicklungen in Schriften häufiger wurden, mußte man ganz nothwendig darauf kommen, für das Prätorische Institut ein eigenes Kunstwort festzustellen, und da war **bonorum possessio** das sich von selbst darbietende, obgleich das rechtliche Hauptmoment nicht direct dadurch ausgedrückt war [4]). Wußte doch ein Jeder, daß **bonorum possessio non uti rerum possessio accipienda est**; daß sie **juris magis quam corporis possessio** sei; daß die Befugniß zur eigentlichen **rerum hereditariarum possessio** freilich mittelbar darin begriffen sei, daß aber auch ohne alles **corporale** in der **hereditas** dennoch eine **b. p.** sehr wohl bestehe [5]). Mithin leuchtet ein, daß hier **bona** ganz und gar im Sinne von **hereditas**, als **jus successionis** gebraucht ist, wie ja auch Labeo (Note 2) ausdrücklich Beides als gleichbedeutend neben einanderstellt. Indeß ist nicht zu verkennen, daß für die das Römische Recht nachstudirenden Juristen der unpassende Ausdruck **b. p.** sehr geeignet war, auch unklare und unrichtige Vorstellungen von der Sache zu erzeugen.

So führt uns also auch der Name, nach seinem richtigen Verständniß, darauf, daß in der Verleihung der **b. p.** die **Fiction des jus heredis** gelegen habe [6]). Welche ein-

4) Anderntheils wurde dieser Ausdruck auch von ganz anderen Fällen gebraucht (**Fr. 5. §. 1. quib. ex caus. in poss. eat. 42. 4.**), wofür indeß die Umkehrung: **possessio bonorum** häufiger war.

5) **Fr. 3. §. 1. de b. p.** — Nur bei der Verleihung an den **heres**, welcher von Anfang an sein Civilrecht beweisen kann (s. S. 215), also in dem Falle, wo der selbständige Begriff der **b. p.** nicht zum Vorschein kommt (S. 221. Note 11.), bedeutet der Ausdruck **b. poss.** bloß den durch den **Int. quor. bon.** zu erlangenden Besitz der Erbschaftsgüter.

6) Und zwar kann nun auch nach dem Bisherigen mit Sicherheit angenommen werden, daß diese Fiction sich nicht etwa (wie bei der **Publ. act.**) auf die Vollendung der Usucapion bezieht, weil Beide auf ganz verschiedenen Gebieten bestehen. Die Usucapion geht auf die einzel-

zelne Befugnisse damit verknüpft waren, geht aus der Darstellung der einzelnen Rechtsmittel hervor, welche dem b. possessor zustanden. Zu ihnen haben wir jetzt überzugehen.

1) Die fictitiae actiones.

§. 46. Wenn der Prätor den b. possessor als fingirten Erben aufstellt, so erlaubt er ihm damit, in jeder Hinsicht sich als heres zu geriren. Derselbe konnte, wie dies schon oben bei seiner Restitutionsverbindlichkeit gegen den heres berührt worden, Sachen aus der Erbschaft frei veräußern, Vermächtnisse auszahlen, Pontifen und Creditoren befriedigen. Und zwar stand um dieser Forderungen willen den berechtigten Personen eine fictitia in personam actio gegen den b. possessor zu, sowie auch fremde Sachen die sich in der Erbschaft befanden, mit einer fictitia in rem actio eingeklagt werden konnten [1]). Dies Alles ist es, was Ulpian in fr. 1. de b. p. unter den incommoda hereditaria begreift.

Die Commoda dagegen, und das dominium rerum, quae in his [2]) bonis sunt, welches Alles dem bonorum possessor zugetheilt wird, das beschreibt uns Gaius noch näher, aus welcher Stelle wir, ebenso wie aus der des Ulpian (in Note 1), so recht klar ersehen, daß die fictitiae actiones die Rechtsmittel sind, welche das eigentliche Grundprincip der b. p., oder Alles das umfassen, was zur Definition derselben gehört; die also auch niemals fehlen können, wo von einer b. p. die Rede ist, mithin von Anfang an seit dem Bestehen der b. p. vorhanden gewesen sein müssen.

---

nen res hereditariae, die Fiction auf das Erbrecht. Letztere war also etwas selbständig vom Prätor aufgestelltes, sie war nothwendig um das zu erreichen, was oben als der Ursprung der b. p. dargestellt ist.

1) Ulp. XXVIII. 12. — Hi quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur, beneficio Praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.

2) Ulpian schiebt absichtlich dies Wörtchen ein, um nicht „in bonis" zu sagen.

Gaius sagt IV. 34.: **Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, velut cum is, qui ex edicto b. p. petiit, ficto se herede agit; cum enim jure praetorio et non legitimo succedat in locum defuncti non habet directas actiones; et neque id quod defuncti fuit, potest intendere suum esse, neque id quod defuncto debebatur potest intendere dari sibi oportere, itaque ficto se herede intendit** [3]**, veluti hoc modo:**

> **Iudex esto. si A. A. (id est ipse actor) Lucii Titii heres esset, tum si fundum de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret:**

vel si in personam agatur, praeposita simili fictione intentio ita subjicitur:

> **tum si paret N. N. A. A. sestertium decem millia dare oportere. —**

Ebenso sagt es Gaius an einer anderen Stelle, daß die **actiones** des **bon. possessor** eine Nachahmung des **jus legitimum** enthielten [4].

Hiermit also ist es klar, daß in allen Fällen, wo der **heres** als Eigenthümer, als Gläubiger auftreten könnte, auch der **b. possessor** durch Nachahmung der Klagen als Eigenthümer, als Gläubiger fingirt wird [5]. Es kann demnach auch keinen Zweifel leiden, daß dann, wenn der **heres** nur fingirter Eigenthümer sein würde (also nur die **Publiciana actio** hat), dem **bon. possessor** nachahmungsweise auch diese Klage zusteht, wobei wir mithin die Fiction einer Fiction eintreten sehen [6].

---

3) Es ist wohl zu bemerken, wie Gaius die **fictitiae actiones** direct aus der Natur der **b. p.** ableitet, wie er aber deßhalb offenbar auch meint, daß **alle actiones** des **bonorum possessor, quia non habet directas**, unter das Gebiet der hier ausgeführten **fictitiae** gehören. Wir haben hievon alsbald eine Anwendung zu machen.

4) **Gai. IV. III. Aliquando tamen Praetoriae actiones imitantur jus legitimum, quales sunt eae, quas bonorum possessoribus, ceterisque qui heredis loco sunt, accommodat.**

5) **In omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur. Fr. 2. de bon. poss.**

6) **Fr. 7. §. 9. de Publ. act. — Haec actio et heredi et honorariis successoribus competit. Fr. 1. §. 37. de aqua quot. vel aest.**

Finden wir hiernach den bon. possessor dem heres ganz gleichgestellt, so drängt sich nun aber eine sehr bedeutende Frage auf. Der heres hat ja nicht bloß solche einzelne Klagen, womit er ein Rechtsverhältniß, in welchem der Erblasser bereits stand, und in das er nun eingetreten ist (sei es Eigenthum, bonae fid. poss., oder eine obligatio) geltend macht, sondern er hat auch eine universelle Klage, womit er direct Anerkennung seines Rechts des Erbeseins, mittelbar auch die Herausgabe von Erbschaftssachen fordert. Wie steht es nun hier mit der Nachahmung beim bonorum possessor? [7])

Wir können diese Frage durch Zusammenhaltung der Grundsätze beantworten, welche im Obigen einestheils für die hereditatis petitio, und anderntheils als das Wesen der b. p. festgestellt sind.

1) Heres ist der in alle rechtlichen Verhältnisse des Erblassers, so weit sie sich überhaupt vererben, Eingetretene. Er ist dies aber in den meisten Fällen nicht ipso jure, sondern er wird es erst durch gewisse von ihm vorzunehmende Handlungen. Das ist die Antretung, durch welche er de jure sogleich das vollständige Recht des Erbeseins erhält. Allein dies Recht wird nicht immer gleich von Allen anerkannt, da überhaupt nach Civilrecht der Erwerb des Erbrechtes ein reines Privatgeschäft ist, welches auch ganz im Stillen geschehen kann, nicht erst einer gewissen öffentlichen Sanction bedarf. Daher kommt es, daß dasselbe noch Gegenstand einer gerichtlichen Verfolgung, eines processualischen Beweises werden muß, und dazu dient die hereditatis petitio. Also erst nachdem die Antretung und die Erbschaftsklage (sobald das Erbrecht bestritten wird) vollzogen worden, ist das Recht des Erbeseins ein sowohl von Innen als nach Außen in Wirksamkeit getre-

---

7) Hiermit ist die bekannte Frage über die hereditatis petitio possessoria angeregt, über die Fabricius (Rhein. Mus. IV. S. 177 f. 209 f.) die Vermuthung aufgestellt hat, es sei eine erst von Justinian erfundene Klage, — was indeß wenig Beifall bei anderen Juristen gefunden hat. (Vergl. einstweilen besonders Arndts Beiträge I. S. 50 u. ff.) — Hier kann die ganze Frage ihren Platz noch nicht finden, da für jetzt nur die ursprüngliche Gestalt der b. p. uns beschäftigt.

tenes. Der heres kann nun auch gegen Alle, welche jenen Erbschaftsproceß überhaupt anerkennen müssen, alle Klagen (persönliche und dingliche) wie sie schon dem Erblasser zustanden, anstellen, da jetzt der Widerspruch gegen sein Eintreten in die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen entfernt ist.

Allein dieser letzte Satz führt es bereits mit sich, daß, wenn man auch sagen kann, die hered. pet. sei das Mittel zur allgemeinen Anerkennung des Erbrechts nach Außen hin, doch die Wirkungen des einzelnen Erbschaftsprocesses nur beschränkte sind. Der Beklagte, welcher mit der her. pet. besiegt ist, kann allerdings gleich mit den Vindicationen und persönlichen Klagen ebenso belangt werden, wie der Erblasser sie anstellen konnte. Dagegen wider jeden anderen Dritten muß bei denselben wiederum das Erbrecht von Neuem bewiesen werden. Und hiermit hängt zusammen, daß überhaupt nicht bloß die hereditatis petitio den Beweis des Erbrechts voraussetzt, daß also auch der Erbe nicht alle aus seinem Erbewerden fließenden Rechte mit der her. pet. durchsetzen kann. Ja wir müssen sogar anerkennen, daß die her. pet. seit der zweiten Periode der pro herede usucapio in einer schiefen, anomalen Gestalt bestand, welche nicht eigentlich mehr zu dem diente, um dessentwillen sie eingeführt war. Es ist eine Klage, welche aus eigenthümlichen Verhältnissen hervorgerufen, nun auch durch deren historisches Fortschreiten bedingt wurde, und deßhalb eine ganz andere Gestalt hat, als wenn man die Rechtsmittel des Erben rein, ohne die Einwirkung äußerer Umstände, aus dem Begriffe des Erbrechtes construirt hätte.

Wäre Letzteres der Fall gewesen, so würde sich von selbst Folgendes ergeben haben:

a) Der Erbe, da er in die vollkommene vermögensrechtliche Person des Erblassers eintritt, muß jedenfalls auch die Klagen anstellen können, welche bereits dem Erblasser zu Gebote standen. Also die dinglichen Klagen, wenn Sachen aus seinem Vermögen hinweggekommen und die persönlichen, wenn ihm irgend eine Forderung begründet worden war. Von allen wird hier vorausgesetzt, daß bereits, als der Erblasser noch lebte, actio nata gewesen sei. Der Erbe muß in sie eintreten, und sie also auch, sobald er nur sein Erbrecht beweist,

durchsetzen können. Indeß eignen sich dennoch diese Fälle nicht zu einer Universalklage, einer **her. pet.**, weil mit dem Beweise des Erbrechts noch nicht genug geschehen ist, sondern noch der des einzelnen Rechtsverhältnisses ebenso hinzukommen muß, wie ihn der Erblasser hätte führen müssen. Dergleichen einzelne dingliche und persönliche Klagen werden aber selten in Wahrheit gegen dieselbe Person gerichtet sein, und, auch wo dies der Fall wäre, könnte durch eine Cumulation ehr Verwirrung und Nachtheil als Vortheil entstehen. Nennen wir das Gebiet dieser Klagen kurz die Einzelklagen.

b) Diesen muß indeß noch ein anderes Rechtsmittel zur Seite gehen, wenn der Schutz des Erben ein vollständiger sein soll. Alle die Sachen, in deren Besitz der Erblasser sich im Augenblicke seines Todes befand, müssen durchaus unverändert und ungetrennt auf den Erben übergehen. Und wo diese Sachen von Anderen veräußert oder verschlechtert sind, muß eine Ersatzforderung an die Stelle treten. Also auch dies Recht des Erben begreift dingliche und persönliche Elemente, aber mit der Gewährung von Einzelklagen würde ihm hier wenig geholfen sein. Die Sachen, welche der Erbe fordert, brauchten dem Erblasser gar nicht zu gehören, also auch er, der Erbe, kann sie nicht vindiciren, aber dennoch muß er von Anderen deren Herausgabe verlangen dürfen, weil er selbst darauf vom Eigenthümer belangt werden kann. Und wenn er selbst der wahre Erbe ist, so sind ja alle übrigen Personen unbefugte Besitzer dieser Sachen, da wir nur von denen hier sprechen, welche gerade beim Tode des Erblassers sich in dessen Herrschaft befanden, die also nicht mehr mittelst eines schon diesem gegenüber begründeten Rechtsverhältnisses in fremde Hände gekommen sind. Der Besitz dieser Fremden kann sich also nur auf eigenmächtige Besitzergreifung stützen, welche lediglich dadurch, daß der **heres** sein Erbrecht beweist, als eine unbefugte erscheinen muß. Denn der **heres** darf verlangen, ganz genau in denselben Vermögenszustand eingesetzt zu werden, wie ihn der Erblasser bei seinem Tode verließ. Also alle diese Rechte auf Sachen oder den an die Stelle tretenden Schadensersatz sind insgesammt auf denselben Beweis gestützt, es muß also auch mit einer Universalklage deren Herausgabe, so-

weit sie sich bei einem und demselben Beklagten finden, gefordert werden können. —

Diese rein aus dem Begriffe des Römischen Erbrechtes abgeleitete Unterscheidung der Einzelklagen und der Universalklage auf die res hereditariae ist indeß durch die von der pro herede usucapio abhängige Gestalt der hereditatis petitio vielfach verwischt worden. In der ältesten Zeit, (vor der pro herede usucapio) gab es, wie oben (§. 6) ausgeführt ist, noch keine hereditatis petitio, indem sich die eigenthümliche Gestalt derselben erst aus der pro herede usucapio erklären läßt. Vielleicht giebt man mir den genauen inneren Zusammenhang Beider zu, behauptet aber, da ich selbst eine Universalklage als sich aus dem Begriffe des Erbrechtes ergebend, angenommen habe, daß doch in dieser Weise eine her. pet. auch schon früher bestanden, welche dann nur durch Einführung der pro her. us. eine Umgestaltung erfahren habe. — Indessen steht dem Folgendes entgegen. Der Begriff des Erbrechts war von jeher bei den Römern Eintritt in die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen. Nach dem aber was in den verschiedenen Zeiten als Theil des gesammten hinterlassenen Vermögens angesehen wurde, konnte doch dieses Erbrecht eine sehr verschiedene äußere Gestalt darbieten. Und wenn wir nun aus dem Erbrecht die Nothwendigkeit einer Universalklage auf Herausgabe der hinterlassenen Erbschaftssachen ableiteten, so war hier von einer späteren Zeit gesprochen, wo darunter viele sein konnten, die gar nicht im Eigenthum des Erblassers gestanden hatten. Dagegen dürfen wir wohl für die frühere Zeit, vor der pro her. usuc. annehmen, daß in Folge der allgemeinen Herrschaft des nexum Niemand sterben konnte, der nicht alle Sachen, die er hinterließ, sein eigen nennen durfte, die also wahrhaft zu seiner familia gehörten [8]). Wo aber ein Complex von Sachen gefor-

8) Die familia ist Gegenstand des Erbrechtes, fr. 195. §. 1. de verb. sign. Diese aber ist gleich: patrimonium, Gai. II. 102. und dazu gehört nur, was durch Mancipation auf einen anderen übertragen werden kann: Gai. II. 103. — Familiae emtor, i. e. qui a testatore familiam accipiebat mancipio. — Wir können nicht an-

dert wird, an denen allen dem Kläger Eigenthum zusteht, da ist kein Bedürfniß einer besonderen Universalklage, wie wir ja dasselbe noch heutzutage nicht bei der Vindication einer Dos, eines Peculiums, eines Pupillarvermögens finden [9]).

Erst als die pro herede usucapio eingeführt wurde, entstand die hereditatis petitio, aber nun auch in ganz anderer Weise, als daß sie bloß eine Universalklage auf die vom Verstorbenen hinterlassenen Sachen gewesen wäre. Es ist oben entwickelt worden, wie die hered. pet. gar nicht direct auf das Erbschaftsvermögen, d. h. die vom Erblasser zuletzt besessenen Sachen geht, sondern sie eine Durchsetzung des ideellen Erbrechtes ist, welches sonst durch einjährigen Besitz der res hereditariae verloren gehen würde. Aus diesem Grunde ging sie aber überhaupt über den Begriff der res hereditariae ganz hinaus, und wurde auch gegen den nicht zahlenden Schuldner gegeben [10]), weil dieser auch als pro herede Usucapient galt. Wir sehen also, daß sie auch die Einzelklagen zum Theil in sich faßt, bei denen an und für sich gar kein Bedürfniß einer Universalklage besteht, wenn wir nicht Schritt vor Schritt die her. pet. der pro her. usuc. müßten folgen sehen. Wir würden in ihr, wenn nicht der Satz bestanden hätte, nemo sibi causam possessionis mutare potest, gewiß auch den übrigen Theil der Einzelklagen nämlich die Vindicationen, welche bereits dem Erblasser zustanden, finden.

Wäre Letzteres der Fall, so bestände wieder eine völlige Consequenz, indem die her. pet. nun die Gesammtklage für alle Rechte, die der Erbe aus dem Erbfalle überhaupt haben könnte, gewesen wäre. So aber enthielt sie eben nur die Durchsetzung des Erbrechtes dem pro herede Usucapienten

---

nehmen, daß Jemand in Folge eines Depositum, Commodats, Bestellung einer dos etc fremde Sachen in seiner Erbschaft habe hinterlassen können, sondern sie mußten durch nexi datio, wenn auch mit der Verpflichtung der remancipatio ihm übertragen werden. Gai. II. 60.

9) Fr. 56. de rei vind.

10) Fr. 13. §. 15. de her. pet.

gegenüber, während die Durchsetzung des Erbrechtes gegen die, welche Sachen des Erblassers aus anderen Gründen im Besitz hatten, von ihr ausgeschlossen war. Bei beiden Klagen war ein doppelter Beweis nöthig; bei der **her. pet.** der des Erbrechts und des Besitzes im Augenblick des Todes (oder der Forderung dem Schuldner gegenüber) — bei der Singularvindication ebenfalls der Beweis des Erbrechts, und das Eigenthum des Verstorbenen. — Da also bei beiden Klagen derselbe Beweis, und bei beiden auch noch ein anderer zu liefern war, so wäre, wenn nicht jener besondere Grund der **pro her. us.** hier gewirkt hätte, es ganz unpassend gewesen, nur die eine dieser Klagen: **hereditatis petitio** (d. h. das Rechtsmittel auf Anerkennung des Erbrechts) zu nennen. —

Wenn sich hiernach die **her. pet.** nur aus der ersten Periode der **pro her. us.** erklären lassen kann, und nur so es sich rechtfertigt, daß sie so wesentlich von den aus dem Begriffe des Erbrechts sich ergebenden Folgerungen abweicht, so war nun gar die zweite Periode der **pro herede usucapio** überall nicht geeignet, sie zu diesen reinen Folgerungen zurückkehren zu lassen. Vielmehr verschwindet, (nach der im §. 37. unter № 3 gegebenen Darstellung) nun auch der wahre Grund, weßhalb man sie den Singularvindicationen gegenüber **hereditatis petitio** nennen konnte, indem jetzt überhaupt das Erbrecht nicht mehr der Gefahr des Verlustes durch Usucapion ausgesetzt war. Nur deßhalb konnte sie jetzt noch Anspruch auf diesen Namen machen, weil mit ihr doch die bei Weitem meisten Befugnisse des Erbrechts durchgesetzt werden, und die Singularvindicationen ihr gegenüber nur ein geringes Gebiet ausfüllen. — Aus dem Gesagten wird zur Genüge hervorgehen, daß die **her. pet.** keineswegs ein Rechtsmittel ist, welches aus den unvermischten Erbrechtsbegriffen hervorgegangen, und also als ein Muster bewußter und vollendeter Römischer Rechtsentwicklung aufzufassen wäre, sondern daß sie die Sklavin der **pro herede usucapio** gewesen ist, welche ja überhaupt so störend in das Römische Erbrecht eingegriffen hat.

§. 47. 2) Dieser Schilderung der **her. pet.** haben wir nun das Wesen der **b. p.** entgegenzuhalten, und danach zu

beantworten, ob sich bei ihr eine Nachahmung dieser Klage, eine **fictitia hereditatis petitio** denken lasse.

Es theilt sich dies in zwei Punkte:

a) Die **hereditatis petitio** ist ihrer juristischen Construction nach die Klage auf Anerkennung des Erbrechts. Da die Antretung nach Civilrecht ein reines Privatgeschäft ist, so folgt, daß das angetretene Erbrecht auch nur durch Privatprocesse gegen jeden Einzelnen, der es läugnet, durchgekämpft werden kann. Es ist im Civilrecht kein Institut, wonach durch öffentliche Sanktion, durch obrigkeitliche Autorität Jemand von vorn herein für den Erben erklärt würde, so daß also nur noch über die einzelnen aus dem Erbrechte fließenden Befugnisse Streit und Beweis von Seiten des **heres** vorkommen könnte [1]). Mithin müssen im Civilrechte Rechtsmittel vorhanden sein, womit nicht bloß diese einzelnen Befugnisse, sondern auch das nach Außen noch nicht anerkannte Erbrecht durchgesetzt wird. Und lediglich darauf geht ihrer juristischen Fassung nach die **her. pet.**

Wie ist dies aber bei der **bon. possessio**? Wenn der Prätor in Folge seines **imperium** [2]) Jemanden als Erben fingirt, so versteht es sich von selbst, daß er den Zustand des vollkommenen Erbeseins annimmt. Also nicht bloß das von Innen (durch Antretung) begründete, sondern das nach Außen allgemein anzuerkennende. Niemand hat das Recht, sich der Prätorischen Machtvollkommenheit zu widersetzen [3]), nur dem wahren **heres** ist es erlaubt, durch Anstellung der **her. pet.** die **b. p.** zur **sine re** zu machen. Ehe dies aber nicht

---

1) Nämlich wenn auch feststände, daß Jemand Erbe sei, so ist damit noch nicht bewiesen, daß die Einzelklagen (dingl. u. persönl.) die er anstellt, begründet seien, und daß der Sachencomplex, den er fordert, sich auch im Besitz des Erbl. als er starb, befunden habe.

2) **Fr. 1 u. 3. de jurisd.**

3) Hiermit ist nicht zu verwechseln, daß Jedermann auch abgesehen von einem Processe auftreten und zeigen könnte, die ertheilte **b. p.** sei als **non data** anzusehen. Denn alsdann erkannte sie auch der Prätor nicht mehr an. Wo sie aber nach den Prätorischen Erfordernissen vollkommen gültig war, kann auch Niemand der Ausübung der daraus folgenden Befugnisse entgegentreten.

geschehen ist, darf der b. possessor in Folge der Prätorischen Verleihung ohne Widerspruch alle aus seinem fingirten Erbrechte folgenden Befugnisse geltend machen. Ein Widerspruch kann nur gegen die Richtigkeit der einzelnen Befugnisse, also ob sie wirklich aus seinem Erbrechte folgten, erhoben werden, und darauf wurde denn auch allein das Beweisverfahren gerichtet. — Wir sehen dies entschieden aus der von Gaius angeführten Formel, welche der **b. possessor** für seine Einzelklagen bekommt: **Si A. A. Lucii Titii heres esset, tum si fundum de quo agitur ex jure Q. ejus esse oporteret.** Also der Kläger braucht nur zu beweisen, daß der **Lucius Titius** das Eigenthum dieses **fundus** hatte, wogegen nicht in der Formel etwa noch steht: **si Aulo Agerio ex edicto meo b. p. data est,** so daß also auch darauf noch vor dem Judex ein Beweis gerichtet worden wäre. Sondern ob dem die Klage Verlangenden wirklich die **b. p.** verliehen worden sei, das mußte er, ehe ihm die Klage ertheilt wurde, vor dem Prätor selbst nachweisen, und in den meisten Fällen wird der Prätor dies sein **factum proprium** noch sehr wohl gewußt haben. Ob die **b. p.** von ihm gegeben sei, kann doch natürlich nur vom Prätor selbst beurtheilt werden, und sobald er es bejaht, (und das thut er durch die Ertheilung der **fictitia actio**) so kann Niemandem darüber noch ein Widerspruchsrecht zustehen. Wie merkwürdig würde der Auftrag des Prätors an den **judex** erschienen sein, daß dieser untersuchen solle, ob er (der Prätor) dem Kläger die **b. p.** gegeben habe![4]).

Hiernach kann man nun auch nicht sagen, eine **fictitia her. pet.** hätte so bestehen können, daß ebenso wie bei der wahren **her. pet.** über das civile, so hier über das Prätorische Erbrecht des Klägers gestritten worden wäre. Sondern da

4) Es scheint mir nicht unwahrscheinlich, wenn wir auch nichts mehr davon wissen, weil es begreiflich nicht in Justinians Compilation aufgenommen werden konnte, — daß die **b. p.** in einer Weise gegeben wurde, welche dem **b. possessor** seine Legitimation sehr leicht machte; vielleicht mittelst Ertheilung einer kleinen schriftlichen Notiz. — Dem steht nicht entgegen **fr. de interrog. in jure,** wo der **b. possessor** als B e k l a g t e r aufgefaßt wird.

(freilich nicht nach der materiellen Absicht des Klägers, wohl aber nach der juristischen Gestalt der Klage, s. oben §. 37. zu Note 4.) die her. pet. nur auf Anerkennung des Erbrechts geht, so kann sie auch nur da vorgekommen sein, wo zu dieser Anerkennung noch ein Proceß nöthig ist, nicht wo sie schon aus der obrigkeitlichen Verleihung folgt [5]).

b) Indeß wenn man uns auch zugiebt, daß in dieser Weise, also in Beziehung auf die juristische Gestalt der Klage, eine Nachbildung der her. pet. bei der b. p. nicht möglich gewesen sei, so kann doch noch auf eine andere Art die Behauptung zu retten versucht werden. Und ich glaube nicht zu viel zu sagen, wenn ich vermuthe, daß die meisten neueren Schriftsteller, welche das Bestehen einer her. pet. possessoria annehmen, sich die Sache so denken, ohne sich freilich wohl den Unterschied recht klar gemacht zu haben.

Wenn nämlich die her. pet. an und für sich auf Anerkenung des Erbrechts geht, so ist dabei doch die materielle Absicht des Klägers in den meisten Fällen: die Erlangung der res hereditariae, welche der Erblasser bei seinem Tode in

---

5) Arndts (Beiträge I. 57.) giebt zu, daß die fictitia her. pet. nicht die Formel gehabt haben könne: si A. A. L. Seji heres esset, tum si ea hereditas de qua agitur, ex jure Quiritium ejus esset. — Es hieße dies: der Kläger soll heres sein, wenn er heres ist! — Daraus folgert A. daß die her. pet. des b. possessor wesentlich verschieden war von dessen fingirten hereditariae actiones. Aber wie soll denn die Formel gelautet haben? A. führt es gerade so trefflich aus, daß die juristische Gestalt der her. pet. auf Anerkennung des Erbrechts ging, daß sie die heredis actio war, also konnte sie beim b. possessor doch immer nur auf das fingirte Erbrecht gehen: und damit kämen wir stets wieder zu jener unmöglichen Formel zurück! Und kann man wohl glauben, daß es noch eine her. pet. für den b. possessor gebe, wenn Gai. ganz allgemein über die actiones, die aus der b. p. hervorgehen, sagt: directae gebe es nicht, sondern nur fictitiae. Wenn nun die her. pet. nicht zu diesen letzteren gehört, so kann sie bei der b. p. überhaupt nicht vorhanden gewesen sein, da sie doch wahrlich zu den actiones, und nicht zu den Interdicten gehört. (S. oben §. 46. Note 3.) — Auf die anderen von Arndts vorgebrachten Gründe kann hier noch nicht eingegangen werden.

Besitz hatte; also die zweite Befugniß, welche wir (§. 46. unter b.), außer den **Einzelklagen**, aus der Natur des Erbrechts abgeleitet haben. Es bedarf dazu einer **Universalklage**, weil unter diesen Sachen Vieles sein kann, was dem Erblasser gar nicht gehörte, und also dem Erben später wieder abgefordert werden kann. — Dies Interesse, welches in den meisten Fällen das alleinige bei der her. pet. ist, muß nothwendig auch beim b. possessor vorhanden gewesen sein. Und daraus folgert man, daß dem b. possessor also auch eine hereditatis petitio zugestanden haben müsse.

Ich gebe den Hauptsatz vollkommen zu, aber die daraus abgeleitete Folgerung scheint mir auf sehr schwachen Füßen zu ruhen.

Einmal sind doch die Römer wahrlich nicht der Art, daß sie, was allerdings den Wirkungen nach zu etwas Anderem paßt, nun gleich auf dieses übertragen, auch wenn es der juristischen Consequenz völlig zuwider ist. Und daß dies hier der Fall sein würde, glaube ich eben unter a. gezeigt zu haben.

Ferner aber geht aus der obigen Darstellung der her. pet. hervor, daß sie ein von den reinen Bestandtheilen des Erbrechts wesentlich abweichendes Rechtsmittel ist, davon abweichen **mußte**, weil sie dem singulären Institut der pro herede usucapio gegenübersteht. Abgesehen von diesem speciellen Grunde würde es nicht zu rechtfertigen sein, weßhalb bei ihr so κατ' ἐξοχήν und nicht auch bei den Einzelklagen auf die bezweckte Anerkennung des Erbrechts Gewicht gelegt wird, und weßhalb sie doch wieder die Hälfte der Einzelklagen (nämlich die persönlichen) in sich aufnahm. Wenn auch die Römer nicht im Geringsten wegen dieser Gestalt der her. pet. getadelt werden können; so würden sie doch gerade deßhalb Tadel verdienen, daß sie dies Institut auf andere Verhältnisse ausdehnten, welche gar nicht ein so sonderbar gestaltetes Rechtsmittel erforderten. Unsere Frage kann nämlich offenbar nur so gestellt werden:

Bei der b. p. sollte dasselbe Interesse durch ein Rechtsmittel geschützt werden, welches im Civilrechte durch die (aber nicht bloß darauf gerichtete) her. pet. realisirt wurde. Wir können doch annehmen, daß die Römer ebensogut die beiden im

Erbrecht liegenden Befugnisse unterschieden haben, wie uns dies möglich ist. Daß sie es wirklich gethan haben, sehen wir eben aus der Gewährung der **fictitiae actiones**, welche gerade das Gebiet der Einzelklagen umfassen; es blieb also nur noch übrig, dem **bon. possessor** eine Universalklage auf die **res hereditariae** zu gewähren. Es war noch völlig **res integra**, und man brauchte bei der **b. p.** nicht die Rücksichten zu nehmen, welche beim Civilrechte in Betracht kamen. Sollen wir nun annehmen, der Prätor hätte nicht so viel Erfindungsgabe gehabt, ein Rechtsmittel zu construiren, welches genau dem Zweck entsprach, den man erreichen wollte? Er habe sich nur durch Uebertragung eines Rechtsmittels helfen können, welches über den gehegten Zweck weit hinausging [6]), und das für die **b. p.** ganz unjuristisch gewesen wäre, indem man **implicite** damit anerkannt hätte, es wäre darin die eigentliche Durchsetzung des Prätorischen Erbrechts enthalten, während doch nur die eine Hälfte der daraus folgenden Befugnisse damit gemeint war.

Wenn wir nun aber in der That im Prätorischen Erbrechte ein Rechtsmittel finden, welches dem Zweck, den der Prätor haben mußte, gerade entspricht, also nicht in das Gebiet der Einzelklagen hinübergreift, sondern lediglich eine Universalklage für die **res hereditariae** ist, so enthält das allen Schutz, den überhaupt der **b. possessor** nöthig hat. Und damit ist denn aller Raum hinweggenommen, auf dem sich eine **her. pet. possessoria** aufbauen ließe [7]).

---

6) Wenn wir annehmen, es habe eine her. pet. poss. gegeben, so hätte der b. possessor auch auf doppelte Art die Forderungen des Erblassers einklagen können, entweder durch eine fictitia in pers. act. oder durch jene her. pet. Und dann sollte es doch zu erklären sein, daß Gai. **IV. 34**. nur die erstere erwähnt! Er sagt ja gar nicht, daß er hier bloß von den fingirten Einzelklagen sprechen wolle, sondern er will darstellen, welche **actiones** ihm, da er **in locum defuncti** succedire, zustehen.

7) Ich bevorworte ausdrücklich, daß ich hier nur von der ursprünglichen reinen Gestalt der b. p. spreche. Ob sich später in der Kaiserzeit, als sie viel Fremdartiges in sich aufnahm, eine solche her. **pet.** poss. gebildet habe, kann hier noch nicht entwickelt werden.

Dies Rechtsmittel finden wir allerdings, wie sich zeigen wird, in dem **Interdictum quorum bonorum**, und so werden wir denn von selbst auf die Darstellung eines Institutes geführt, das freilch in der dermaligen Gestalt unserer Literatur zu den bestrittensten Theilen des Civilrechts gehört.

2) Das Interdictum quorum bonorum.

§. 48. Ulpian sagt in fr. 1. §. 1. quor. bon. von diesem Rechtsmittel: **Hoc interdictum restitutorium est, et ad universitatem bonorum non ad singulas res pertinet, et appellatur quorum bonorum, et est adipiscendae possessionis universorum bonorum.** Indessen wird in fr. 2. eod. gleich ein Ausspruch des Paulus hinzugesetzt, der Ulpians Worte, welche man zu allgemein verstehen könnte, wieder restringirt. Es heißt nämlich: **Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.**

Das ist Alles, was die Compilatoren unter diesem Titel von Aussprüchen der Juristen zusammengestellt haben, und in demselben Verhältniß sind auch die übrigen Notizen der Quellen so dürftig, daß den Controversen ein weites Feld geöffnet sein mußte. Diese greifen vielfach in die allgemeinen Fragen über das Wesen und den Proceß der Interdicte ein, weßhalb denn auch im Folgenden nicht bloß immer von unserem Interdicte die Rede sein kann; und überhaupt ist die ganze Interdictenlehre meist nur bei Gelegenheit einzelner Interdicte Gegenstand der Untersuchung für neuere Schriftsteller geworden, wovon denn manche einseitige Auffassung der Sache die Folge gewesen ist.

In Beziehung auf die **Interdicta adipiscendae possessionis** lassen sich mit Rücksicht auf die wichtigste dabei in Betracht kommende Frage zwei Hauptansichten unter unseren Schriftstellern unterscheiden.

Von der einen Seite werden diese Interdicte (und zwar concentrirt sich die Frage vorzüglich auf das **Int. quor. bon.** und **Salvianum**) als petitorische Rechtsmittel aufgefaßt, deren

Durchsetzung daher auch in Beziehung auf Beweislast ganz unter den Regeln eines nicht summarischen Verfahrens stehe, und die exceptio rei judicatae für die eigentliche dasselbe Rechtsverhältniß betreffende petitorische Klage erzeuge. Danach enthalte das Int. quor. bon. soviel als die her. pet., das Salvianum Int. soviel als die Serviana actio. Daß es hier für einen und denselben Zweck zwei Rechtsmittel gebe, wird meist dadurch erklärt, daß es ursprünglich nur die Interdicta gegeben habe. Eine weitere Ausbildung der Lehren habe dann die wahre petitorische Klage hervorgerufen, neben der das Interdict etwa nur um der formellen Vortheile des Interdictenprocesses erhalten sein könne [1]).

Auf der anderen Seite stehen auch noch heutzutage viele Schriftsteller, welche dieser neueren Theorie gegenüber die bisherige allgemeine Praxis auch wissenschaftlich für gerechtfertigt halten, der gemäß auch die adipiscendae possessionis interdicta nur possessionis quaestionem enthalten, und namentlich das Interd. quor. bon. mit der her. pet. durchaus nicht zusammenfalle, so daß aus jenem keine rei jud. exc. für diese abgeleitet werden könne. Die Anhänger dieser Ansicht verknüpfen damit meistens den Gedanken, daß Interdicta summarische Rechtsmittel seien, vorzüglich weil zu ihrer Durchsetzung bloße Bescheinigungen, nicht ein vollkommener Beweis erforderlich wäre [2]).

Die folgende Darstellung wird zeigen, in wie weit der einen oder der anderen Partei Recht gegeben werden könne, und in welcher Weise vielleicht noch mancher neue Gesichtspunkt in

1) v. Savigny. Ueber das Int. quor. bon. in seiner Zeitschr. Bd. V. S. 1 ff. Bd. VI. S. 229 ff. Fabricius Rhein. Mus. IV. S. 204 ff. Derselbe: b. p. S. 197 ff. — Huschke über das Salvianische Interdict (in den Studien № IV. besonders S. 385 ff.) Puchta Institutionen II. S. 727. S. 507. Note b.

2) Thibaut Archiv f. civ. Prax. X. S. 456 ff. — Francke Notherbenrecht. S. 89 ff. — v. Löhr Archiv f. civ. Prax. XII. S. 85. — Arndts Beiträge. I. S. 108 ff. — Mayer Erbrecht. I. S. 400 ff. — Bayer summar. Proc. 4. Aufl. §. 71 ff. — Mühlenbruch Entwurf des Civilproc. 2. Aufl. S. 205 ff.

diese Frage hineinzuziehen ist, deren bisherige Erörterungen immer von Neuem ihre Anhänger aber auch ihre Gegner gefunden haben. Ich kann mich nicht enthalten, Huschkes treffliche Worte (a. a. O. S. 337) hier vorauszuschicken, deren Sinn auch in der folgenden Untersuchung vielfach zu erkennen sein wird. Er fordert, daß wir das entschwundene Leben, dessen Gepräge ja auch in einem erstorbenen Rechtstheile übrig bleibt, zu uns sprechen lassen. „Indem dieses eine organische Einheit ist, welche durch sich alles Einzelne und Mannigfaltige in seiner Individualität bedingt, so müssen, wenn nur jene Lebensidee richtig erkannt worden ist, alle Einzelnheiten sich von selbst ergeben, und die vorhandenen Quellenaussprüche nur als nothwendige Ausflüsse derselben erscheinen. Die Kunst bei dieser Behandlung ist nur die, aus den übriggebliebenen Denkmälern, mit gehöriger Bewahrung vor Willkührlichkeit und mit völliger Durchdringung des Besonderen von dem Allgemeinen, das ursprüngliche Leben herauszukennen.“ u. s. w.

Freilich ist bei der Suchung dieses „Allgemeinen,“ dieser „Lebensidee“ die größte Vorsicht nöthig, da der geringste Fehler dabei nothwendig dem ganzen Gebäude eine schiefe Richtung geben wird. Es muß nothwendig zuerst von uns geprüft werden, ob nicht bereits in unserer bisherigen Entwicklung sichere Anhaltspunkte für die „Lebensidee“ des **Int. quor. bon.** zu finden seien.

a) Verhältniß der hered. pet. zum Princip der b. p.

§. 49. Wir knüpfen unmittelbar an die Ausführungen der §§. 46. und 47. an, und haben hier die daraus sich ergebenden Resultate zu ziehen. Wenn wir dort nachgewiesen haben, daß der Prätor nicht an die Ertheilung der **fictitia her. pet.** gedacht haben kann, so sprechen dieselben Gründe hier gegen die Annahme, daß dem **Int. quor. bon.** der Umfang der **her. pet.** beizulegen sei. Denn sonst würde ja dieses Interdict, nur unter einem anderen Namen, wieder jene **fict. her. pet.** sein. Wir haben in dem Princip der **b. p.**, demzufolge der Prätor einen interimistischen Herrn der **bona** aufstellen wollte, die Basis, und wir können nicht annehmen, daß der Prätor

von ihr bei der Construirung der dem b. possessor gewährten Rechtsmittel willkührlich abgegangen sei, so daß also die allgemeine Lebensidee der b. p. auch für die Gestaltung des **Int. quor. bon.** maßgebend ist. Dieser Basis gegenüber haben wir jetzt durch die klarsten Quellenzeugnisse das Gebiet und das Wesen der **fictitiae actiones** kennen lernen. Aus diesen zwei Anhaltspunkten muß sich auch unser Interdict ergeben, indem wir einestheils sehen, welchen Schutz überhaupt die **b. possessio** durch Klagen erheischte, und anderntheils auch den Kreis kennen, welchen die **fictitiae actiones** beherrschten. Offenbar nämlich muß Alles, was nicht in diesem Kreise liegt, und doch eines Schutzes durch Klage bedarf, nothwendig das Gebiet des **Int. quor. bon.** ausgemacht haben, des einzigen Rechtsmittels, welches Gaius, als dem **bonorum possessor** zuständig, noch neben jenen **fictitiae actiones** erwähnt [1]).

Die Resultate, welche wir hieraus nun abzuleiten haben, werden wir denn auch unmittelbar durch die im vorigen §. bereits angegebenen Quellenaussprüche bestätigt finden.

1) Das ganze Gebiet der Einzelklagen ist durch die **fictitiae actiones** umfaßt, und wir können doch unmöglich von vorn herein annehmen, daß der Prätor sie nochmals in das andere aufzustellende Rechtsmittel hereingezogen habe, da ein unnützer Ueberfluß gleichbedeutender Klagen nicht eben der Gegenstand seines Strebens war. Außer den Einzelklagen aber folgt, wie das oben §. 46. entwickelt ist, aus dem Erbrecht nur noch die Befugniß, daß die Masse der körperlichen Sachen, ebenso wie der Erblasser sie bei seinem Tode im Besitz hatte, in der Hand des Erben vereint würde.

Dies trifft nun vollkommen mit dem Ausspruch des **fr. 2. quor. bon.** zusammen, wonach das Interdict nur gegen die **corporum possessores** geht, nicht aber gegen die **debitores hereditarii**, da diesen gegenüber bereits die persönlichen Einzelklagen gegeben sind.

Schon v. Löhr hat diesen Grund der Savigny'schen Ansicht entgegengesetzt und daraus geschlossen, das **Interd. quor. bon.**

---

1) **IV. 144.** vergl. mit **IV. 34.**

könne also nicht eandem quaestionem mit der her. pet. enthalten, welche entschieden auch gegen die debitores gerichtet sei [2]). Indeß haben die folgenden Schriftsteller diesen Punkt zu leicht hingenommen, und, ohne die von Fabricius [3]) dagegen gemachten Bemerkungen zu beachten, die eigentlichen hier verborgenen Schwierigkeiten übergangen. Wenn man nämlich streng den Worten des Paulus gemäß behauptet, das Interdict gehe nur auf die vorhandenen körperlichen Sachen, welche der Erblasser besaß, so wird damit zweierlei von demselben ausgeschlossen.

Erstens die debitores defuncti d. h. die, welche aus einem Rechtsgeschäfte oder Delicte noch zu Lebzeiten des Erblassers sich diesem verbindlich gemacht hatten. Fabricius giebt vollkommen zu, daß gegen diese das Interdict nicht angestellt werden konnte, aber er erklärt dies für gar keinen Gegengrund, daß Interdict und her. pet. nicht eandem quaestionem enthalten habe. Letztere gehe nämlich eigentlich auch nicht gegen die debitores defuncti [4]), wovon nur eine singuläre nicht ganz consequente Ausnahme bestände, wenn der Schuldner sich selbst Erbrecht zuschreibt. Diese Ausnahme rechtfertige sich von selbst aus dem praktischen Bedürfniß. Gegen einen einzelnen Schuldner, der zugleich Sachen aus dem Nachlasse besitze, werde Niemand die her. pet. anstellen. Wäre aber ein pro herede possessor zugleich Schuldner des Erblassers, so sei es bequem und nicht unpassend, diese Obligation mit der allgemeinen Klage zugleich geltend zu machen.

Indeß kann diese Darstellung nach den von uns gegebenen Entwicklungen nicht für richtig gehalten werden. Die Belangung der debitores ist nicht bloß eine singuläre Ausnahme, sondern sie folgt unmittelbar aus dem Principe der hereditatis petitio, indem diese gegen jeden pro herede Usucapienten

---

2) Fr. 13. §. 15. de her. pet.

3) Rh. Mus. IV. 205 ff.

4) Zum Beweise wird fr. 42. de her. pet. angeführt: Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione.

gestattet sein muß, und hierunter auch der nicht zahlende Schuldner gehört. Es ist daher keineswegs anzunehmen, daß die her. pet. gegen ihn nur dann angestellt worden sei, wenn er auch zugleich corporum possessor war; in unseren Quellen ist davon keine Spur zu finden. Jene Stelle aber, auf die sich Fabricius beruft, ist so zu verstehen (Note 4.):

Gegen Jemanden, der die Erbschaft besitzt, stellt ein anderer die her. pet. an, und es fragt sich nun, wie es während dieses Processes mit den Erbschaftsschuldnern zu halten ist. Diese können vollkommen bereit sein zu zahlen, aber sie sind vielleicht ungewiß, wem von den streitenden Theilen das Erbrecht zustehe, vielleicht sind sie sogar vom Rechte des Beklagten überzeugt (neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, q u i p e t i t h e r e d i t a t e m)[5]. Sollen sie darum mit in den Erbschaftsproceß hineingezogen werden? Offenbar wäre dazu gar kein Grund vorhanden, da sie ja nur das Ergebniß des schwebenden Erbschaftsprocesses abwarten wollen, um dem Sieger zu zahlen, da sie selbst gar keine (rechtliche oder unrechtliche) Ansprüche auf die Erbschaft machen, (non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem). Es wird hier demnach ebenso gehalten, wie mit den Erbschaftsgläubigern, welche auch das Ende des Processes abwarten müssen[6]. — Damit will Ulpian gar nicht sagen, daß die her. pet. nur gegen den Schuldner, qui se dicat heredem esse, angestellt werden könne; sondern auch gegen den reinen pro possessore possidens, der sich in keiner Weise auf Erbrecht stützt, und lediglich nur nicht zahlen will[7], muß sie zulässig sein, sobald er nur nicht sein Nicht-Zahlen mit dem Schweben eines Erbschaftsprocesses entschuldigt.

---

5) Da in der Stelle gerade geläugnet wird, daß gegen die debitores die her. pet. gehe, so beweisen diese gesperrten Worte entschieden, daß hier ein Erbschaftsproceß g e g e n e i n e n a n d e r e n vorausgesetzt wird.

6) L. 12. C. de her. pet. — Fr. 5. §. 2. de her. pet. — Eorum judiciorum, quae de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in praejudicium ejus fieri debeat.

7) Fr. 12. de her. pet. „qui interrogatus: cur possideat, responsurus sit: quia possideo."

Es wäre gar kein Grund, diesen von der **hered. pet.** auszuschließen, ja gerade gegen diesen **mala fide** die Zahlung verweigernden, mußte wegen der **pro herede usucapio** die Klage selbst nach dem Hadrianschen Sct. [8]) von der größten Bedeutung sein. So wird sie denn auch von demselben Ulpian ganz allgemein gegen jeden **debitor defuncti** für zulässig erklärt [9]), und wenn wir das **fr. 42.** in dem Zusammenhange hätten, in dem es geschrieben sein wird, so würde auch wohl nicht einmal der Schein vorhanden sein, als wenn Ulpian hier sich selbst widerspräche. —

Hiernach ist allerdings das Resultat, daß wir es als eine Verschiedenheit der Grundprincipien zu erkennen haben, wenn wir die **her. pet.**, nicht aber das **Int. quor. bon.** gegen die **debitores defuncti** gerichtet sehen.

Zweitens aber ist in Beziehung auf jenes **fr. 2. quor. bon.** und den daraus abzuleitenden Umfang unseres Interdicts noch ein anderer Punkt nicht außer Acht zu lassen, und dieser muß durch eine terminologische Bemerkung eingeleitet werden. — Die Römischen Juristen gebrauchen den Ausdruck **debitor hereditarius** in einer doppelten Bedeutung, einer weiteren und einer engeren. Einestheils bezeichnet es alle, die sich aus Contracten oder Delicten dem Erblasser oder der **hereditas jacens** (nicht aber dem Erben der schon angetreten hat) [10]), verbindlich gemacht haben. Hier umfaßt es also auch die **debitores defuncti** [11]). Anderntheils bedeutet es nur

8) Weil auch seitdem die pro. her. us. nur durch die her. pet. revocirt werden konnte.

9) Fr. 13. §. 15. fr. 16. §. 3. de her. pet.

10) Fr. 16. §. 3. — sed si heredis negotium gessit, nequaquam; ab heredis enim debitore peti hereditas non potest.

11) Fr. 13. §. 15. fr. 14. fr. 15. de her. pet. — Item a debitore hereditario, quasi a juris possessore, nam et a juris possessore posse hereditatem peti, constat. — Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert. Debitor autem hereditarius intelligitur is quoque, qui servo hereditario promisit, vel ante aditam hereditatem damnum dedit — vel aliquam rem hereditariam subripuit. — So auch in jenem fr. 42. cit. — fr. 15. §. 1. Sed et is, qui pretia rerum

die, welche aus Delicten oder **negotiorum gestio** der **hereditas jacens** obligirt sind, wohin also auch Alle gehören, die aus dem Verkaufe von Erbschaftssachen, oder der Einklagung von Erbschaftsforderungen Gelder empfangen haben. Hier wird es den debitores defuncti entgegengesetzt [12]).

Es ist nun die Frage, ob diese debitores hereditarii im engeren Sinne mit jenen debitores defuncti juristisch auf gleicher Stufe gestanden haben, so daß also der Civilerbe, der jedenfalls gleichmäßig gegen sie die her. pet. anstellen konnte, sie auch beide, wenn er wollte, mit Einzelklagen belangen durfte, wozu er wenigstens in Beziehung auf die debitores defuncti entschieden das Recht hatte. Und daran knüpft sich die andere Frage, ob nämlich diese deb. her. ebensogut wie die deb. def. vor Hadrian das Recht auf die pro her. us. hatten? — Ich glaube diese Fragen unbedenklich bejahen zu können. Was die letztere betrifft, so folgt sie eigentlich schon von selbst daraus, daß die pro. herede us. vor Hadrian erlaubt war. Wer die Erbschaftssachen an sich reißen kann, und als die seinigen behandeln, der darf doch auch dieselben veräußern, verschlechtern, ja vernichten, und wenn er auch daraus verhaftet wird, so muß er für diese Handlungen doch dieselbe Entschuldigung vorbringen dürfen, welche ihm für die erste Aneignung der Sachen zur Seite steht; mit andern Worten, er muß sich gegen solche Forderungen ebensogut auf die pro her. us. berufen können, wie jeder debitor defuncti und jeder Besitzergreifer von Sachen, die er noch unverändert in seinem Besitz hat. Ebendeßhalb können diese auch ganz gleichmäßig mit der her. pet. belangt werden. — Aber in dieser juristischen Gleichstellung des debitor defuncti und deb. hereditarius liegt noch mehr; Beide müssen auch ebenmäßig durch Einzelklagen zu belangen sein. Einestheils wird dies schon

---

hereditariarum possidet, item qui a **debitore hereditario** exegit, petitione hereditatis tenetur.

12) Fr. 15. §. 3. de her. pet. — Non solum autem a **debitore defuncti**, sed etiam a **debitore hereditario** peti hereditas potest. Denique („z B.") ab eo, qui **negotia hereditaria** gessit, et Celso et Juliano videtur peti hereditatem posse.

durch jene Terminologie bewiesen, wonach Beide mit dem Ausdruck **debitores hereditarii** im weitern Sinne zusammengefaßt sind, und unmöglich noch eine juristische Verschiedenheit zwischen ihnen angenommen werden kann. Anderntheils aber rechtfertigt es sich von selbst durch jene bekannte Auffassung der Römer daß in der **hereditas** die Persönlichkeit des Erblassers noch als fortlebend gedacht wird [13]. Also muß denn auch der **debitor hereditarius** gleichsam als **debitor defuncti** angesehen werden [14]. —

Machen wir nun hievon die Anwendung auf das prätorische Erbrecht. Wenn Paulus in **fr. 2. quor. bon.** sagt: **hoc interdicto debitores hereditarii non tenentur**, so kann er unmöglich diesen Ausdruck in jenem engeren Sinne genommen haben, und auch wenn es geschehen wäre, so würden dem doch die **debitores defuncti** juristisch gleichstehen. Und umgekehrt kann auch Paulus darunter nicht bloß die **debitores defuncti** verstanden haben, da überhaupt eine solche

13) **Pr. J. de stip. serv.** — personae defuncti vicem sustinet. §. 2. J. de her. inst. — personae vicem sustinet non heredis futuri, sed defuncti. fr. 34. de acq. rer. dom. — Hereditas enim non heredis personam sed defuncti sustinet. fr. 33. §. 2. eod. ex persona defuncti vires assumit. — Daraus folgt freilich noch nicht, daß man nicht doch der her. jac. juristische Persönlichkeit beilegen könnte, (Savigny Syst. II. S. 363.) worauf hier indeß nicht weiter eingegangen werden kann.

14) Entschieden beweist sich unsere Behauptung aus folgendem Beispiel: fr. 43. ad. leg. Aquil. — Ob id quod antequam hereditatem adires, damnum admissum in res hereditarias est, legis Aquiliae actionem habes, quod post mortem ejus, cui heres sis, acciderit etc. verglichen mit fr. 20. §. 4. de her. pet. — Quum praedixerimus, omnes hereditarias actiones in hereditatis petitione venire, quaeritur utrum cum sua natura veniant, an contra? utputa est quaedam actio quae infitiatione crescit; utrum cum suo incremento an vero in simplum veniet? ut legis Aquiliae. Et Julianus scribit simplum soluturum. — Wir sehen also, daß die hereditariae actiones gar nicht in der her. pet. ganz absorbirt und recipirt werden, daß es in der Wahl des Erben steht, sie mittelst der Universalklage oder als Einzelklage geltend zu machen.

Terminologie, wonach die debitores hereditarii gerade den debitores hereditarii im engern Sinne entgegengesetzt werden sollten, widersinnig sein würde. Vielmehr kann der Jurist nur jene weitere Bedeutung im Sinne gehabt haben, und da nicht der geringste Grund vorhanden ist, die Aechtheit seiner Worte zu bezweifeln, so folgt also, daß vom Interdicte alle Obligationen ausgeschlossen sind, welche dem Erblasser oder der her. jac. gegenüber begründet sind. Paulus bestätigt dies ausdrücklich, indem er den Gegensatz noch besonders hinzufügt: sed tantum corporum possessores (tenentur).

Danach kann wohl die wesentliche Verschiedenheit des Gegenstandes zwischen her. pet. und Int. quor. bon. nicht mehr geläugnet werden. Aber darin liegt nicht zugleich, daß dem bon. possessor, der doch in alle Befugnisse eines Erben eintreten sollte, keine Klagen gegen die debitores hereditarii zugestanden hätten. Vielmehr wurden sie von ihm, da sie den debitores defuncti juristisch gleichstehen, und da auch der heres gegen sie mit Einzelklagen auftreten konnte, ganz gleichmäßig durch fictitiae in personam actiones belangt [15]). Und so ist also der b. possessor hier völlig genügend geschützt. — Dies gerade scheint von Fabricius verkannt worden zu sein, und danach mußte er dazu getrieben werden, den Beweis zu versuchen, (a. a. O.) daß wenn das Interdict auch nicht gegen die debitores defuncti, es doch ebenso wie die her. pet. gegen die debitores hereditarii müsse gebraucht werden können. — Seine Gründe sind nicht haltbar. Er geht als von etwas Unzweifelhaftem davon aus, daß das Interdict erst nach dem

15) Wenn man irgend juristisch consequent sein will, so muß man dies annehmen, auch wenn man das Int. auf die debitores hereditarii ausdehnen wollte. Und darin kann uns auch Gaius nicht irre machen, der die fictitiae actiones scheinbar auf die debitores defuncti beschränkt (IV. 34. neque id, quod defuncto debebatur, potest intendere dari sibi oportere). Diese deb. def. sind die Hauptsache, an die sich die deb. her. von selbst anschließen, und auf die genaueren Einzelnheiten einzugehen, konnte in den Institutionen nicht Gaius Sache sein. Die Formel der fictitia in pers. act., welche Gaius angiebt, paßt vollkommen auch auf die debitores hereditarii im engern Sinne.

Vorbilde des Hadrianschen Senatusconsults für die **her. pet.** eine Rescission der **pro hered. usuc.** und die Anwendbarkeit auf den **qui dolo malo desiit possidere** in sich aufgenommen habe. Dann aber sei es gegen alle Consequenz, anzunehmen, daß nicht auch die übrigen Fälle, in denen die **her. pet.** angestellt werden könnte, für das Interdict recipirt worden wären [16]). — Allein schon an und für sich berechtigt jene Voraussetzung noch gar nicht zu einem solchen Schluß, und außerdem ist die Voraussetzung selbst oben bereits (§. 21.) als eine höchst unwahrscheinliche dargestellt worden. — Für die Zeit vor Hadrian aber weiß F. überhaupt keinen Grund vorzubringen, als eine höchst precäre Vermuthung, daß die Edictsworte des Interdicts anders gefaßt worden seien [17]). Aber auch wenn man ihm die vorgeschlagene Fassung zugäbe, so wäre damit für seine Behauptung gar nichts bewiesen.

Danach bleibt nur noch ein Grund übrig, die Berufung auf **fr. 1. §. 1. quor. bon.**, wodurch die Behauptung des Paulus, daß das Interdict nur gegen die **corporum possessores** gehe, widerlegt werden soll. Von dieser Stelle wird alsbald noch besonders gehandelt werden (s. d. flgdn. §. Note 9).

§. 50. Ebenso wie wir aus dem Principe der **b. p.** sich den Gegenstand des **Int. quor. bon.** anders als bei **her. pet.** entwickeln sehen, so läßt dasselbe sich auch

2) für den Zweck unseres Rechtsmittels durchführen. —

---

16) Der Beweis, den F. hierfür aus den Edictsworten (**fr. 1. pr. quor. bon.** s. oben §. 21.) ableitet, widerlegt sich gleichsam selbst. Der darin vorkommende Ausdruck: **de his bonis** sei so allgemein, daß man ihn schwerlich auf Sachen, welche der Bekl. **in natura** besitze, beschränken dürfe. Aber der Prätor sagt ja nicht, das Interdict solle allgemein auf die **bona** gehen, sondern auf **id, quod de his bonis possides**, also gerade auf das, was der Bekl. noch **in natura** besitzt. Wie weit es auch auf das gehen solle, was er nicht mehr besitzt, findet ja der Prätor nöthig, noch besonders hinzuzusetzen (**possideresve si nil usucaptum esset, quodque dolo malo etc.**

17) Es soll nämlich statt der Worte: **de his bonis** früher **eorum** geheißen haben.

Wenn die her. pet. auch mancherlei obligatorische Bestandtheile enthält, so haben es dessenungeachtet die Römischen Juristen wohl erkannt, daß der Kern der Klage sich doch immer auf die corpora hereditaria beziehe, d. h. auf alle die Sachen, welche der Erblasser bei seinem Tode im Besitz hatte. Es folgt dies von selbst daraus, daß hierauf hauptsächlich sich auch das Institut der pro herede usucapio bezog, um dessentwillen ja die her. pet. so gestaltet worden ist, wie wir sie im Röm. Rechte finden [1]). Man wollte gerade ein Mittel haben, die Herausgabe der Sachen zu verlangen, durch deren Besitz der Beklagte im Begriff war, das Erbrecht des Klägers zu verletzen, woraus denn die Regel sich erklärt, daß was nicht restituirt werden kann, auch nicht in diese Klage gehört [2]). — So sehen wir, daß die stete Abhängigkeit von der pro her. usuc. doch nicht ganz die Gestalt der her. pet. zu verwischen vermogt hat, welche sie rein dem Auge darbieten würde, wenn sie ohne äußere Einflüsse aus dem Begriffe des Erbrechts abgeleitet wäre. Wenn es nie eine pro her. usuc. gegeben hätte, so würde, wie sich wohl ohne Träumerei sagen läßt, seit der Zeit, wo ein Erblasser mehr als Eigenthumsgegenstände hinterlassen konnte (§. 46. Note 8.), die Klage folgendermaßen construirt worden sein. Man würde einestheils das Gebiet der Einzelklagen als die eine Hälfte der aus dem Erbrecht fließenden Befugnisse, völlig abgesondert gehalten haben [3]). Es würde diesen die her. pet. als die zweite Hälfte dieser Befugnisse gegenübergesetzt worden sein, nämlich als Klage auf die Gesammtheit der Erbschaftssachen [4]). Beide Gebiete haben

1) Fr. 25. §. 18. de her. pet. — Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, utputa eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum.

2) Fr. 19. §. 3. eod. — Servitutes in restitutione hereditatis non venire ego didici, quum nihil eo nomine possit restitui, sicut est in corporibus et fructibus; sed si non patiatur ire et agere propria actione convenietur.

3) Etwa mit Ausnahme der debitores hereditarii im eng. Sinne, welche der Natur der Sache nach so zwischen beiden Gebieten liegen, daß sie auch zu beiden gerechnet werden können.

4) Fr. 19. pr. de her. pet.

das Gemeinsame, daß ein und derselbe Beweis, der des Erbrechts, zu liefern ist. Beide trennen sich wieder durch andere verschiedene Beweispunkte, welche dem Kläger obliegen (§. 46. gegen das Ende). Aber darin liegt denn auch, daß die **her. pet.** nicht den vorherrschenden Charakter gehabt haben würde, als wenn sie die eigentliche und einzige [5]) Klage wäre zur Geltendmachung des Erbrechtes, der ideellen **hereditas**. Es würde klar ausgesprochen sein, daß sie nur auf die reelle **hereditas**, die Erbschaft, nicht das Erbrecht gehe, und dabei hätte sie doch dieselbe formelle **intentio** haben können (**hereditatem meam esse**) [6]), aber freilich in ganz anderem Sinne.

Es ist nicht zu läugnen, daß als die **pro herede usucapio** nicht mehr eine Ersitzung des Erbrechtes gewährte, die Römer immer näher dazu hingeführt werden mußten, die Klage vielfach bloß nach dem dadurch realisirten Zweck, nicht so sehr nach ihrem einmal bestehenden juristischen Gewande ins Auge zu fassen, und so ist es nicht unmöglich, daß jene in Note 2. angegebene Regel erst seitdem entstanden ist. Aber dabei bleibt es doch nicht minder wahr, daß sie nie das anfängliche juristische Princip der Klage, das direkt auf die Anerkennung des Erbrechtes geht, aufgegeben haben, woher es kommt, daß die Römischen Juristen wieder in anderen Stellen fast zu wenig ihr das Gebiet der Einzelklagen entgegensetzen [7]).

Von dieser juristischen Gestalt der **her. pet.** sehen wir jetzt im Vergleich mit dem **Int. quor. bon.** ganz ab, sie konnte in dem Prätorischen Rechtsmittel nicht nachgeahmt werden, weil es sonst wieder jene **fictitia her. pet.** sein würde, die, wie vorher gezeigt ist, dem ursprünglichen Begriff der **b. p.**

---

5) Sollte man nicht glauben, wenn man Stellen liest wie fr. 20. §. 4. de her. pet.: „Quum praedixerimus, omnes hereditarias actiones in hereditatis petitione venire". — es sei dies die Klage zur Geltendmachung des gesammten Erbrechtes?

6) Fr. 10. §. 1. de her. pet.

7) Hieraus erklären sich leicht die verschiedenen Ansichten neuerer Schriftsteller, wonach einestheils man die her. pet. als allgemeine Klage für alle Befugnisse des Erbrechts angesehen, anderntheils sie wieder bloß auf die relle hereditas beschränkt hat.

durchaus fremd sein mußte. Aber jener Hauptzweck der her. pet., nämlich die Herausgabe der gesammten corpora hereditaria [8]) muß noch genauer ins Auge gefaßt werden; wir haben zu fragen, ob nicht wenigstens in Beziehung auf sie, das Int. quor. bon. mit der her. pet. eandem quaestionem enthalten habe?

Bei der Construirung der Rechtsmittel für den bonorum possessor als fingirten heres hatte der Prätor freie Hand, er konnte sich von dem aus dem Begriffe des Erbrechtes Folgenden allein leiten lassen. Eben deßhalb sondert er das Gebiet der Einzelklagen vollkommen ab; aber diesem mußte als zweites ein anderes Rechtsmittel gegenübergestellt werden, damit das Eintreten in die Persönlichkeit des Erblassers vollendet werde. Ein Rechtsmittel, wodurch die vom Verstorbenen innegehabten corpora ebenso wieder beim b. possessor vereinigt würden. Bei diesem Rechtsmittel können unmöglich von Seiten des Besitzers Einreden darauf gestützt werden, daß der Erblasser kein definitives Recht an den Sachen gehabt habe, denn dadurch wird noch nicht gerechtfertigt, daß der Bekl. im Besitze sei. Sondern dies Verhältniß muß ganz so wieder hergestellt werden, wie es beim Tode des Erblassers war, und da hier dieser im Besitze, also in der Lage war, daß Andere mit ihren Ansprüchen auf Sachen klagend gegen ihn auftreten mußten, so hat auch der b. possessor das Recht, auf die Beklagtenrolle Anspruch zu machen, oder mit andern Worten, der Besitzer von Erbschaftssachen ist vorerst verpflichtet diese herauszugeben, und dann mit seinen etwaigen Ansprüchen darauf klagend aufzutreten. Hierin liegt denn auch zugleich, daß ebensogut wie der Besitzer keine dergleichen Fragen einmischen darf, so auch der b. possessor, um die Herausgabe der Erbschaft zu verlangen, sich auf Beweise über das etwaige Recht des Erblassers an diesen Sachen gar nicht einzulassen braucht, sondern

8) Es sei mir erlaubt, unter diesem kurzen Ausdruck alle in der Detention des Erblassers mortis tempore gestandenen Sachen zusammenzufassen, obgleich freilich Paulus in fr. 19. pr. de her. pet. ihn im engeren Sinne nimmt.

sobald nur feststeht, daß er die b. p. erhalten habe, seine Forderung lediglich auf den Beweis, daß die Sachen sich zuletzt in der Detention des Erblassers befanden, stützen kann. Dieser Beweis geht nur auf die genauere Bestimmung der Sachen, welche gefordert werden, während das Recht, sie zu fordern, sich lediglich auf die Ertheilung der b. p. stützt. Eine solche Forderung aber, die sich lediglich auf einen einzigen juristischen Gruud stützt, ist gerade das, was wir mit dem Ausdrucke einer Universalklage bezeichnen. Denn nicht irgend eine äußere Verbindung macht eine Menge einzelner Sachen zur **universitas**, sondern das Recht einer bestimmten Person, sie alle aus einem und demselben Grunde, ohne sich weiter auf jede dieser Sachen besonders einzulassen, einfordern zu dürfen. —

Das kurze Resultat hievon ist also, daß es aus der Natur der b. p. hervorgeht, der **bon.** possessor müsse lediglich in Folge des ihm verliehenen fingirten Erbrechtes eine Universalklage auf alle von Anderen in Besitz genommenen **corpora hereditaria** gehabt haben. Und das ist es gerade, was unsere beiden Pandektenfragmente im Titel quorum **bonorum** sagen. Nach Paulus ist es gegen die **corporum** possessores gerichtet, und Ulpian hebt hervor, daß es **ad universitatem, non ad singulas res pertinet** [9]).

Vergleichen wir nun hiermit den Hauptzweck der **her.** pet. so enthält dieser offenbar dasselbe Auch damit fordert man die corpora ein [10]), auch hier wird die Klage auf die **universitas** gerichtet [11]), indem die klägerische Behauptung

---

9) Also diese Stellen widersprechen sich nicht allein nicht, sie gehören wesentlich zu einander. Fabricius a. a. O. kann nur auf höchst willkührliche Weise einen Widerstreit beider Stellen herausbringen. Das Wort universitas bezeichne gerade einen Complex verschiedenartiger (?) Rechte, wogegen das: singulae res sich nur auf Eigenthum (?) im eigentlichen Sinne, also auf Körper deuten ließe. Mithin sage Ulpian, daß das Interdict nicht bloß gegen die corporum possessores gehe. Und natürlich muß dem nun der Ausspruch des Paulus weichen!

10) Fr. 19. §. 3. de her. pet.

11) Fr. 18. §. 2. eod. — Et placuit, universas res hereditatis in hoc judicio venire, (sive jura) sive corpora sint. — Fr.

sich ebenfalls auf einen einzigen Grund, sein Erbrecht stützt, welches er also beweisen muß, wozu noch der andere, auch vom b. possessor zu liefernde Beweis kommt, daß die Sachen mortis tempore im Besitz des Erblassers gewesen wären. So sind denn auch hier die Fragen über das besondere Rechtsverhältniß an einzelnen Sachen ganz ausgeschlossen, indem gerade durch den Sieg mit der her pet. der heres in die Lage versetzt werden soll, daß in Beziehung auf jene besonderen Verhältnisse Andere klagend gegen ihn auftreten müssen.

Wenn also in allen diesen Punkten vollkommene Uebereinstimmung zwischen Int. quor. bon. und her. pet. durchaus zugegeben werden muß, so ist die Vermuthung leicht zu erklären, daß beide Rechtsmittel auch überhaupt völlig eandem quaestionem enthalten hätten. Indeß kann, wie mir scheint, diese Vermuthung, abgesehen noch von allen anderen Beweisen, auch wieder bereits aus dem Principe der b. p. widerlegt werden.

Ebenso wie bei den fictitiae actiones kein Beweisverfahren vor dem judex über die Ertheilung der b. p. Statt finden kann, so muß es auch bei dem Int. quor. bon. sein. In der Ertheilung der b. p. liegt zugleich die Verpflichtung des Prätors, dem b. possessor dieses Rechtsmittel zu gewähren, und umgekehrt, sobald im einzelnen Fall für Jemanden das Interdict gesprochen wird, so liegt darin, daß ihm der Prätor die b. p. gegeben habe [12]). Der Beweis dreht sich vor dem judex nur darum, ob die vom Bekl. besessenen Sachen corpora hereditaria sind. Gelingt er, so sollen sie herausgegeben werden. Bei den fictitiae actiones ist die Formel so gefaßt, daß nicht etwa dem Gaius Seius, als Gaius Seius, das Eigenthum der Sache oder die Forderung zugesprochen wird, sondern daß er nur als fingirter interimistischer heres sie einklagen darf. Damit ist also immer die Möglichkeit gelassen wor-

---

20. §. 10. eod. — Non solum autem in hereditate utimur SCto, sed et in peculio castrensi et alia universitate.

12) Der Prätor kann im einzelnen Fall nicht die allgemeine Edictsformel des Interdictes ausgesprochen haben, sondern es mochte etwa so lauten: quod de Lucii Titii bonis, quorum possessio Gaio Seio data est, — possides — id illi restituas.

den, daß der heres noch wieder dem b. possessor die Erbschaft, und also auch das mit jenen Klagen Erlangte, abfordern dürfe. Eine exceptio rei judicatae ist undenkbar. Ebenso muß es beim Int. quor. bon. sein. Der b. possessor will nur einstweilen die Sachen haben, die dann der heres wieder von ihm abfordern kann. Aber dies Auftreten des heres setzt die Anstellung der her. pet. voraus, so daß dem b. possessor die Beklagtenrolle zufällt. Bis er in diesem Proceß besiegt ist, gilt er, durch Prätorische Machtvollkommenheit constituirt, für den Erben. Und ebensogut wie er sich nicht weigern kann, weil er nicht heres sei, die Creditoren und Pontifen zu befriedigen, so können auch Andere nicht diesen Grund anführen, um das dem heres zu Leistende dem b. possessor vorzuenthalten. Gerade weil die her. pet. noch hinterdrein kommt, müssen die Rechtsmittel des b. possessor einen ganz anderen Zweck haben. Bei der her. pet. muß das Erbrecht bewiesen werden, aber deßhalb wird auch die Herausgabe der corpora hier definitiv festgestellt. In Beziehung auf die Eigenthumssachen des Erblassers hat sie völlig die Wirkungen der rei vindicatio, und nur in Beziehung auf die res commodatae, depositae etc. wird dadurch bloß ein interimistisches Haben bezweckt. Aber gerade hierin liegt der stringente Beweis auch für die Natur des Int. quor. bon. Da nämlich die her. pet. in Bezug auf das interimistische Haben der res commodatae etc. nicht durch die Gegenbehauptungen von materiellen Rechten an diesen Sachen ausgeschlossen werden kann, so kann auch das Interdict des b. possessor, dem an allen res hereditariae, auch den Eigenthumssachen des Erblassers, nur ein interimistisches Haben verliehen wird, nicht durch Gegenbehauptungen eines materiellen definitiven Rechtes an der Erbschaft afficirt werden. Wenn man darauf einginge, so würde damit das Recht des b. possessor bei dergleichen Fragen die Beklagtenrolle zu haben, unbefugterweise elidirt sein [13]).

---

13) Kurz gesagt: weil die b. p. zur sine re werden kann, so darf das Int. quor. bon. nicht eandem quaestionem mit der her. pet. ent-

Indem also alle definitiven Fragen über das Erbrecht aus dem Interdictenproceß zu verbannen waren, so konnte die juristische Auffassung dieses Rechtsmittels nur die Erlangung des Besitzes, der possessio enthalten, von der es oben (§. 35.) dargestellt ist, daß sie das formelle, interimistische Recht an Sachen bedeutet, welchem alle Fragen über eine materielle, der ganzen übrigen Welt gegenüber durchzusetzende Befugniß an denselben (jus in rem) durchaus fremd sind. Und dies ist das Dritte, was wir aus den Stellen des Titels quor. bon. erfahren; „et est adipiscendae possessionis," sagt Ulpian; und wenn er hinzusetzt: universorum bonorum, so kann er natürlich nur alle die bona meinen, an denen possessio Statt findet, also die corpora hereditaria [14]).

Damit ist denn zugleich der nothwendige innere Zusammenhang angegeben, in dem alle diese einzelnen Bestimmungen des Interdictes zu einander stehen. Da es in Folge der Natur der b. p. nur auf possessio gestellt werden konnte, da die possessio in ihrer wahren Bedeutung sich nur auf corpora beziehe [15]), so ist es durchaus nichts Willkührliches, daß es nur auf diese Letzteren gerichtet ist. Und daher kommt es eben, daß auch jene debitores hereditarii im engeren Sinn (s. §. 49. Note 15) völlig aus dem Interdict gewiesen, und in das Gebiet der fictitiae actiones gestellt werden mußten, während sie an und für sich nach dem Begriffe der Universalklage sobald diese nur eine definitive ist, auch ebensogut zu ihr gerechnet werden können (s. Note 3), und eben deßhalb auch ganz consequent in der her. pet. mit enthalten sind.

---

halten haben. Dies Argument, welches bereits von Francke N. C. R. S. 98. der Savignyschen Ansicht gegenüber, angedeutet ist, scheint mir troß aller Fabriciusschen Invectiven (b. p. S. 200 Note 209) völlig unumstößlich.

14) Es ist in Note 16 des vor. §. bereits angedeutet, daß dies auch lediglich der Sinn der Edictsworte ist: Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis — — possides — id illi restituas. Das Interdict soll nur auf den Theil der bona gehen, welcher Gegenstand der possessio sein kann.

15) Fr. 3. pr. de acq. vel am. poss.

Indem wir hiernach die allgemeinen Sätze des Int. quor. bon. aus dem Begriffe der b. p. construirt, und mit völliger Uebereinstimmung der Quellenaussprüche als unabhängig von der her. pet. dargestellt haben, so liegt darin, daß einestheils dies Rechtsmittel, schon seitdem es überhaupt eine b. p. gab, als bestehend angenommen werden muß. Denn ebensogut wie wir uns ohne fictitiae actiones keine b. p. denken können, so muß auch daneben noch das Interdict vorhanden gewesen sein, wenn der fictus heres alle aus dem Erbrecht fließenden Befugnisse sollte geltend machen können.

Anderntheils aber gewährt dies wieder einen neuen Vermuthungsgrund, daß auch die übrigen Nebenbestimmungen des Interdictes, nämlich die Rescission der pro herede usucapio, und die Ausdehnung auf den qui dolo desiit possidere[16]) ganz unabhängig von der her. pet., insbesondere dem Hadrianschen Sct., vom Prätor aufgestellt sind. Von dem ersteren Punkte ist dies oben bereits (§. 21) selbständig untersucht worden; und auch der letztere scheint mir mehr als wahrscheinlich. Daß nämlich bei Klagen auf ein Restituiren oder Exhibiren dieses Aufgeben des Besitzes dem wahren Besitze gleichstehe, war schon lange vor dem Hadrianschen Sct. angenommen worden[17]), und so mag dieser Satz auch schon bei der her. pet. gegolten haben[18]). Durch das Sct. wurde nur ein erweitertes Princip aufgestellt, das aber nur auf petitori-

---

16) . . . quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve (pro herede aut possessore), si nil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas. fr. 1. pr. quor. bon. —

17) Z. B. fr. 15. ad exhib. — ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me, Labeo ait, quia neque possideas eum, neque dolo feceris, quominus possideres. — Fr. 2. §. 42. ne quid in loco publ. fr. un. §. 13. ne quid in flum. publ. fr. 8. §. 3. de precar. fr. 1. §. 7. quod legator. fr. 3. §. 6. de tabul. exhib.

18) Fr. 20. §. 6. de her. pet. — Praeter haec multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito . . . de quibus quum forma sit data senatusconsulto . . .

sche Rechtsmittel paßte. Sobald wir also darthun, daß zu diesen das Interdict nicht gehörte, so folgt daraus, daß bei ihm dies Princip ebensowenig wie z. B. bei der **actio ad exhibendum** anwendbar war.

b) Charakteristik der gesammten Interdicte.

§. 51. Bisher ist die Natur des **Int. quor. bon.** aus den allgemeinen Principen der **b. p.** abgeleitet worden, aber wir dürfen dabei nicht stehen bleiben. Wir müssen noch von einer anderen Seite her eine Basis für unser Rechtsmittel aufführen, und prüfen, ob wir auf diesem Wege zu denselben Resultaten gelangen, als die bisherige Untersuchung ergeben hat. Ebensogut nämlich wie es Theil der **b. p.**, und von dieser abhängig ist, gehört es auch von anderer Seite in die weitgreifende Interdictenlehre, und so müssen wir denn, falls unsere Ansicht überhaupt richtig sein soll, mit den Principien dieser letzteren ebendahin gelangen, worauf uns die Principien des Prätorischen Erbrechts geführt haben. Vergessen wir also einstweilen das bisher Gesagte, und bahnen wir uns einen selbständigen Weg durch das Gebiet der **Interdicta**. Offenbar muß, wenn es uns gelingt, ohne Willkührlichkeit und Unwahrscheinlichkeiten von zwei ganz verschiedenen Seiten zu demselben Ziele zu gelangen, dies eine Bürgschaft für das Gelungensein der Untersuchung gewähren.

Man hat erst in neuerer Zeit angefangen, zu prüfen, ob sich nicht für die Menge der Rechtsmittel, die wir im Römischen Rechte unter dem Namen der **Interdicta** finden, gemeinsame Principien auffinden lassen, wodurch sie sich in der Form und im Wesen der damit durchgesetzten Rechte von anderen Rechtsmitteln, namentlich den **actiones** unterschieden. Die ältere Theorie, welche sich ohne viel Bedenken von dem Einen auf den Anderen forterbte, ist die, daß Interdicte summarische Rechtsmittel seien, also solche Sachen beträfen, welche eines schleunigeren Proceßgangs bedurften. Und in der That konnte der Zustand der Justinianeischen Compilation kaum auf etwas Anderes führen. Seitdem aber in Gaius eine neue, reichliche Ausbeute darbietende Quelle eröffnet wurde, mußten

gar mancherlei Bedenken gegen jene Theorie sich erheben, und seitdem ist nun mit bedeutendem Aufwande von Scharfsinn auf der einen Seite die Rettung der älteren Ansicht freilich in sehr verschiedener Weise versucht, und auf der anderen Seite eine neue Theorie dem gegenübergestellt worden. Letztere läßt sich, wenn gleich auch hier die Schriftsteller vielfach von einander abweichen, auf folgende Punkte zurückführen [1]):

Der Interdictenproceß des ordo judic. priv. sei keineswegs allgemein ein summarisches Verfahren zu nennen, indem weder eine bloße Bescheinigung des durchzusetzenden Rechtes hier genügend gewesen, noch auch das Ganze vom Principe des raschen Abthuns der Sache beherrscht worden sei. Sondern er könne nur als ein strengeres Verfahren aufgefaßt werden, da aus dem dabei vorkommenden Befehle des Prätors [2]) höchst nachtheilige Folgen und eine Abschreckung vor dem Proceß hätten entstehen können, während davon abgesehen durchaus der regelmäßige Proceßgang eingetreten sei. Es habe nun diese Art des Verfahrens in allen den Fällen Statt gefunden, wo der Prätor zuerst, gleichsam versuchsweise, als Klagenbildend aufgetreten sei. Also bei Fragen, die bisher noch nicht unter Regeln des Civilrechts gestanden hatten, mithin nur factische Verhältnisse gewesen waren [3]). So mußte schon zur Zeit der legis actiones für die dringendsten Fälle der Unbilligkeiten der Prätor durch Interdicte Sorge getragen haben. Später aber habe der Prätor kräftiger eingegriffen, und auch wahre actiones gegeben, deren Kreis also jetzt erst über das Gebiet des Civilrechts erweitert worden sei. Wo sich nun in Beziehung auf dasselbe Verhältniß ein Inter-

---

1) Es wird hier auf dasjenige, was sich im Verlaufe des Streites ausgeglichen hat, nicht weiter Rücksicht genommen. Außer den §. 48. Note 1 citirten Schriftstellern ist noch zu bemerken, Zimmern R. G. III. 219 u. ff, die treffliche Erörterung in Hollwegs Handb. d. Civ Proc. I. S. 383 ff. und Puchta Inst. II. S. 138.

2) Etwa wie bei unseren bedingten Mandatsproceß.

3) Diesen Gedanken entlehnen die folgenden Schriftsteller von Zimmern. a. a. O. S. 525. — s. Huschke in den Studien I. S. 3. Note 4 und S. 339.

dict und eine actio fänden, sei jenes als das frühere anzusehen, während diese erst gegeben sein könne, als das fragliche Verhältniß schon festeren Bestand gewonnen hatte, und als ein Recht angesehen wurde. Daraus ergiebt sich denn freilich die Folgerung von selbst, daß in solchen Fällen Interdict und actio durchaus eandem quaestionem enthalten habe, und ein Fortbestehen des Interdictes neben der actio nur eben aus jenem strengeren Interdictenverfahren abgeleitet werden könne.

Direct durch Quellenzeugnisse läßt sich diese Ansicht, welche in ihrer einfachen Construction ungemein viel Ansprechendes hat, weder beweisen noch widerlegen. Sie ist, wie Huschke es nennt, eine jener „Lebensideen," deren Halt davon abhängt, ob das gesammte uns überlieferte Material der Quellen daraus völlig erklärt und zu einem organischen Ganzen zusammengeordnet werden könne. — Ich habe nun dieser Theorie eine neue entgegenzusetzen, nicht eben um bloß etwas Neues zu sagen, (sie ist es nicht einmal in allen Punkten) sondern in der Ueberzeugung, daß durch jene unsere Quellenaussprüche noch nicht genügend erklärt worden sind. In ihren Ursprüngen liegen beide so nahe bei einander, daß man sie fast für identisch halten könnte [4]), in ihren Resultaten sind sie sich gerade entgegengesetzt.

§. 52. Die Mehrzahl der im Gebiete des Rechts liegenden Verhältnisse ist der Art, daß nur die einmalige Leistung oder Anerkennung von Seiten des Verpflichteten gefordert wird, worauf dann dessen ganze Verpflichtung dem Berechtigten gegenüber erlischt. Wenn über dergleichen Verhältnisse Streit entsteht, so ist denn auch mit dem einmaligen Spruche des Richters die ganze Angelegenheit beendigt, nach dessen Execution die Sache, als res judicata, nie wieder Gegenstand eines richterlichen Urtheils werden kann.

Dieser Klasse der Rechtsverhältnisse steht eine andere gegenüber, welche dauernde Zustände enthält, bei denen es also nicht mit einem einmaligen Richterspruche geschehen ist,

---

4) Deßhalb tritt hier der sonderbare Fall ein, daß ich mit gleichem Fug und Recht, wie die Gegner, mich auf Zimmern a. a. O. berufen kann.

sondern wo dem, welcher die Jurisdiction hat, es obliegt, eine fortgesetzte Oberaufsicht zu führen, daß ein gewisser factischer Zustand nicht durch unbefugte Eingriffe gestört werde. Damit ist also nicht gesagt, daß diese Verhältnisse nicht Gegenstand von Rechtsregeln, also wahre Rechtsverhältnisse sein könnten, im Gegentheil, auch sie müssen vom positiven Rechte umfaßt werden, aber es geht eben aus ihrer Natur hervor, daß ihr Schutz von Seiten der Obrigkeit eine gewisse dauernde Oberaufsicht erfordere. Der Richterspruch, der auch bei ihnen vorkommen muß, hängt von der ferneren Aufrechthaltung durch den Rechtsprechenden ab, er hat also in sich selbst noch keine Gewähr der juristischen Dauer (res judicata).

Diese Unterscheidung der Rechtsverhältnisse ist keine historische, sondern eine rein dogmatische. Da sie in dem positiven Rechte aller Völker vorkommen kann, so ist es auch möglich, daß sie sich bereits in dem engen Kreise des alten Römischen Civilrechts finde. Und ferner muß es auch möglich sein, daß sie in dem großen Gebiete der Rechtsverhältnisse vorliege, welche durch das Prätorische Edict zu Theilen des in Rom geltenden Rechtes wurden. Fragen wir aber, ob bei der Römischen Gerichtsverfassung diese Unterscheidung den Römern als eine Sache von Wichtigkeit auffallen konnte, so ist dies offenbar nach dem Principe des ordo judiciorum privatorum zu bejahen. Der judex nämlich hat kein imperium, er ist eine Privatperson, welche nur auszusprechen vermag, was res judicata werden kann, also nur die Rechte können von ihm entschieden werden, die in der Abgabe einer Endsentenz ihre völlige definitive Erledigung finden [1]). Wo dagegen Rechte jener zweiten Gattung zur Sprache kommen,

---

1) Die Römer nehmen an, mit der Litiscontestatio trete (entweder ipso jure oder mittelst einer exc. rei in judicium deductae) eine neue Obligation an die Stelle der alten Forderung, nämlich condemnari oportere debitorem. Gai. III. 180. Es giebt aber Rechte, wo der Kläger noch etwas ganz Anderes als bloße Condemnation des Bekl. (oder etwa präjudicielle Feststellung eines Rechtsverhältnisses Gai. IV. 44) verlangt, woraus denn aber auch folgt, daß ihm hier nicht mit dem Spruche eines judex genügt sei.

kann nur das **imperium** des Prätors helfen, und so muß denn dieser auch selbst die Führung des Processes übernehmen. Hieraus folgt, daß jene dogmatische Unterscheidung der Rechtsverhältnisse in Folge der Eigenthümlichkeit des **ordo judiciorum** bei den Römern sehr viel mehr, als dies bei uns heutzutage der Fall ist, auch in der äußern Form der Processe zur Erscheinung kommen mußte, und darauf beruht jene bekannte Eintheilung in **actiones** und **extraordinariae cognitiones** 2).

Richten wir nun unsern Blick auf die Gesammtmasse der Interdicte, so muß uns zuerst auffallen, daß sie im Prätorischen Edicte (wovon das 43. Buch der Pandekten das Abbild ist) alle bei einander stehen, woraus doch leicht die Folgerung entnommen werden kann, daß bei ihnen eine materielle Gemeinsamkeit der damit durchgesetzten Rechtssachen zum Grunde liegen müsse, während wenn sie bloß historisch die früheren Rechtsmittel wären, sie doch wohl bei den an anderen Orten abgehandelten Lehren, in die sie etwa einschlagen, eingefügt sein würden 3). Wenn wir nun aufs Einzelne gehen, so finden wir, daß in der That sie sich unter gemeinsamen Rubriken zusammenfassen lassen. Und deren sind hauptsächlich drei. Entweder nämlich betreffen sie Gegenstände des polizeilichen Schutzes, oder Familienverhältnisse, oder endlich Be-

---

2) So sind Gegenstand der extraordinariae cognitiones die Familienverhältnisse, bei welchen, wenn es sich auch um wahre Rechte handelt, doch die condemnatio eines judex ganz unpassend sein würde, denn hier soll auf das dauernde Zusammenleben der Familienglieder Rücksicht genommen, und danach die Entscheidung getroffen werden, — das kann aber nur vom magistratischen imperium ausgehen. fr. 9. §. 3. de offic. proconsulis. — Außerdem gehören freilich in die extr. cogn. auch die Angelegenheiten, welche die Römer als außer dem wahren Rechtsgebiete liegend, ansahen (Restitutionen, Angelegenheiten der Sklaven). Von diesen spreche ich hier nicht.

3) Daß auch die einzelnen Interdicte unter sich nach Materien und nicht der Zeit nach geordnet sind, hat schon Puchta in den Institutionen bemerkt. Die Materienfolge selbst aber, und in der einzelnen Materie die Anordnung der verschiedenen Interdicte mag wohl der Zeit zuzuschreiben sein.

sitzeszustände. Von ersteren versteht es sich von selbst, daß sie nur von dem imperium des Prätors abhängen können, und daß dasselbe auch bei den Familienangelegenheiten eintrete, ist eben (Note 2) bemerkt worden. Aber auch für die Fragen über das Haben einer Sache (Besitz im weiteren Sinn) wird wohl Niemand andere Gesichtspunkte geltend machen wollen. Es handelt sich ja hierbei um den dauernden Zustand, daß sich eine Sache in Jemandes Hand befinde. Wer kann, damit dies factische Haben [4]) in Zukunft gesichert sei, darüber anders entscheiden, als der Prätor in Folge seines imperium?

Danach gehören alle diese Verhältnisse unter jene zweite Klasse von Rechten, welche den mit actiones geschützten gegenüberstehen, und jedenfalls läßt sich auch für diejenigen Interdicta, welche man unter jene drei Rubriken nicht wohl rechnen kann, ihre besondere Abhängigkeit vom Prätorischen imperium leicht rechtfertigen. Liegt nun wohl eine Vermuthung näher, als daß die Interdicta in der That ursprünglich Nichts als extraordinariae cognitiones gewesen seien, und eben aus dieser früheren Gestalt jener eigenthümliche spätere Interdictenproceß zu erklären sei? —

Ehr wir indeß weiter auf den Beweis dieses Satzes eingehen, muß das bisher Gesagte noch mit jener oben angegebenen Theorie über die Interdicte zusammengehalten werden. Auch hiernach wären sie zur Schützung factischer Zustände eingeführt, aber in einem anderen Sinne des Wortes; nämlich der Verhältnisse, welche bisher noch keinen Rechtsregeln unterworfen, und eben deßhalb factische waren. Dagegen läßt sich, und dies ist bereits geschehen [5]), zweierlei einwenden.

---

4) Fr. 19. ex quib. caus. maj. — placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non consistit, possessio autem plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio.

5) Hollweg, Civ. Pr. I. S. 385. — Dieser Schriftsteller nimmt, obgleich er bemerkt, daß ein allgemeines Princip für alle Interdicte schwer aufzustellen sei, doch im Grunde das im Texte Ausgeführte an, indem er es zu den Befugnissen des Prätors rechnet, Befehle und Verbote zum Schutz des Besitzstandes, oder gegen Störungen der öffentlichen Ordnung zu erlassen. S. 387.

Einestheils würde sich nämlich dann zwischen den Interdicten und **in factum actiones** gar keine Scheidewand ziehen lassen, indem ja auch durch diese Letzteren Rechtsmittel für bisher factische Zustände eingeführt wurden. Weßhalb soll der Prätor nicht gleich darauf haben kommen können, daß er zur Ertheilung solcher **actiones** befugt sei? Und sollte ihm dies nicht näher gelegen haben, als die Einführung eigener Rechtsmittel, bei denen noch eine eigene Proceßart zu ersinnen war? Endlich aber, da doch jedenfalls der Prätor später solche **in factum actiones** gegeben hat, weßhalb sind denn nicht, wenn gar kein materieller Unterschied bestanden hätte, jene älteren Interdicte in diesen neuen Klagen aufgegangen? Oder wenn man dagegen einwenden will, daß man die Interdicte um der strengeren Proceßform beibehalten habe; so läßt sich dagegen fragen, warum man denn nicht um dieses Vortheils willen überhaupt immer **Interdicta** statt der **in factum actiones**, oder wenigstens beide electiv gegeben habe? Weßhalb hätte man nicht z. B. bei der **formula in fact. conc.** aus dem Depositum auch ein Interdict gegeben, gerade da doch wahrscheinlich hier überhaupt die Aufstellung jener **formula** aus der Beabsichtigung einer größeren Strenge hervorgegangen ist [6]). —

Das Alles führt uns darauf, daß auch bei sämmtlichen vom Prätor erst neu eingeführten Rechtsinstituten eine innerliche Verschiedenheit bestanden haben müsse, jenachdem sie durch **in factum actiones** oder **Interdicta** geschützt wurden. Und wenn dies zugegeben wird, so mögte hier wohl kein anderer durchzuführen sein, als der oben angegebene. Alsdann aber muß auch jene Voraussetzung, die ja eben nur Vermuthung ist, daß die **Interdicta** immer älter seien, als die **in f. actiones**, zusammenfallen.

Es ist passend, dies an folgendem Beispiele klar zu machen. Zum Schutz der vom Prätor erkannten **missio in bona** hat er eine **in factum actio** constituirt [7]), und es ist

---

6) Gai. IV. 60. Puchta Instit. II. S. 119.

7) Fr. 1. pr. §. 1. 2. ne vis fiat ei, qui in poss. — Ait Praetor:

keine Spur vorhanden, daß diese nicht schon so lange bestanden habe, als derselbe überhaupt missiones ertheilte. Daneben aber besteht nun noch in electiver Concurrenz ein Interdictum, welches die Römischen Juristen genau von jener actio auseinander halten [8]). Man kann nun den Unterschied beider Rechtsmittel auch hier nicht so stellen wollen, daß das Interdict das strengere Verfahren gewähre, indem hiebei besondere Strafen dem Beklagten gedroht würden. Denn diese Strafen sind entschieden bei der actio dieselben [9]). Es müssen also wohl beide Rechtsmittel ganz verschiedene Intentionen gehabt haben, und dazu gewährt uns das fr. 3. §. 2. cit. den Schlüssel. Wer mit der actio auftritt, thut das in der Art eines Gläubigers (ad exemplum creditorum), also er fordert eben nur Condemnation in eine gewisse Strafsumme; daß wirklich die missio noch realisirt werde, davon hat er abstrahirt, er ist mit dem Gelde zufrieden. Gerade weil hier nur eine einfache Condemnation in Anspruch genommen wird, liegt eine wahre actio vor. — Aber wer in der possessio bonorum gestört oder gehindert ist, kann auch direkten Schutz in

---

si quis dolo malo fecerit, quominus quis permissu meo — in possessione bonorum sit, in eum in factum judicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit, dabo. — Hoc edictum summa providentia Praetor proposuit, frustra enim in possessionem mitteret rei servandae causa, nisi missus tueretur, et prohibentes venire in possessionem coërceret. Est autem generale hoc edictum; pertinet enim ad omnes qui in possessionem missi sunt, convenit enim Praetori, omnes quos ipse in possessionem misit, tueri. — Ulpian leitet es also gleichsam aus dem Begriffe der missio ab, daß diese in f. actio bestehen müsse.

8) Fr. 3. §. 2. eod. — Quum Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est. Sed si mulier velit in factum actione uti, ad exemplum creditorum magis quam interdicto posse eam experiri sciendum est.

9) Fr. 1. §. 8. eod. — Hanc actionem — in annum competere — quum sit poenalis — §. 5. eod. Haec verba: quanti eas res etc — continent utilitatem creditoris, ut quantum ejus interest possessionem habere, in tantum, qui prohibuit, condemnetur.

dem Haben der Sache verlangen, alsdann tritt er nicht als **creditor** auf, er fordert das **prohibere** und **restituere**, wobei ihm eine Entscheidung des judex nichts helfen würde, wo vielmehr das Prätorische imperium eingreifen muß. Darauf eben geht jenes zweite Rechtsmittel, das Interdictum. Was hieraus für weitere Folgerungen für den Interdictenproceß hervorgehen, wird alsbald weiter entwickelt werden.

Jener Ansicht, daß die Interdicte die ursprüngliche Form aller vom Prätor **neu** eingeführten Klagen gewesen seien, steht aber noch ein zweites entgegen (s. Note 5). Es giebt nämlich Interdicte, welche sich entschieden auf das Civilrecht stützen, wo also der Prätor gar nicht bloß factische durch Rechtsregeln ungeschützte Verhältnisse vor sich gehabt hat. Die Interdicta de arboribus caedendis und de glande legenda stützen sich ausdrücklich auf die zwölf Tafeln [10]), und mit Recht bemerkt Zimmern, daß das uralte Verhältniß der Possessoren zum ager publicus nie ein schutzloses gewesen sein könne, so daß der Prätor es nicht erst durch Aufstellung der Interdicte zu einem Rechtsverhältniß erhoben hätte. Ganz dasselbe läßt sich aber von der ganzen Reihe von Interdicten sagen, wodurch der Prätor alle Störungen an öffentlichen und heiligen Orten verbietet [11]). Auch im ältesten Recht muß schon der Satz bestanden haben, daß dieselben unter allgemeinem Schutze des Gesetzes ständen, dessen Aufrechterhaltung dem Prätor überlassen ist. Wenn er nun hiebei noch besonders formulirte Rechtsmittel proponirt, so hat er dadurch ebensowenig dem Ganzen erst den Charakter eines **Rechtsverhältnisses** gegeben, als wie man durch breitere Nachsprechung eines fremden Gedankens zum auctor desselben wird. — Wenn wir also Alles dies schon Theil des Civilrechtes nennen müssen, dem nur eine **Präto-**

---

10) Fr. 1. §. 8. de arbor. caed. — Zimmern a. a. O. hebt bereits diese Fälle hervor.

11) D. XLIII. tit. 6—15. — ne quid in loco sacro, — de locis et itinerib. publ. — ne quid in loco publico vel itinere. — de loco publ. fruendo. — de via publ. — de via publ. et itinere publico reficiendo. — de fluminibus. — ne quid in flumine publ. — ut in flumine publ. navigare liceat. — de ripa munienda.

rische Form gegeben wurde, so liegt darin zugleich wieder eine Bestätigung unserer obigen Behauptungen. Das Civilrecht konnte in allen erwähnten Fällen keine actiones aufstellen, weil es hier gar nicht direkt auf eine gewöhnliche Condemnation, sondern hauptsächlich auf dauernden Schutz ankommt, den nur das Prätorische imperium gewähren kann. Der Eigenthümer eines Grundstücks will nicht ein um den anderen Tag mit seinem Nachbar einen Proceß um Wegnahme der heruntergefallenen Früchte führen, und nicht in jedem Augenblicke wegen eines überwachsenden Zweiges eine actio anstellen, er will für alle Zukunft bei Ausübung seiner Befugnisse unbeschränkt sein, ebenso wie auch der Besitz am ager publicus und der ordnungsmäßige Zustand der öffentlichen und heiligen Orte auf die Länge ungestört sein soll. Hier muß sich also nothwendig die civilrechtliche Vorschrift in die Form der Prätorischen Cognition kleiden.

§. 53. Die ausgesprochene Behauptung, daß der gemeinsame Charakter der Interdicte in ihrer Abhängigkeit von der auctoritas des Prätors liege, sie also an und für sich dem Gebiete der extraordinariae cognitiones anheimfallen, — bedarf noch der weiteren Beweisführung. Denn wenn dieser Punkt wahr sein soll, so muß er jedenfalls auch den Römern völlig bewußt gewesen sein, und dann müssen in unseren Quellen noch Spuren davon zu finden sein. Deren giebt es aber auch eine ganze Reihe.

Zuerst ist hier als vorzüglich wichtig die Stelle des Gaius zu bemerken, womit er die ganze Interdictenlehre beginnt und offenbar das ganze Wesen derselben charakterisiren will (IV. 138. 139.)

> Superest ut de interdictis discipiamus. Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversis interponit [1]), quod tum maxime facit, quum de

1) Ueber diese Stelle vergl. Zeitschr. f. gesch. R. W. III. S. 291. S. 305 u. S. 366 ff. — Es ist behauptet worden, daß hierin eine Hindeu-

possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut jubet aliquid fieri aut fieri prohibet; formulae autem verborum et conceptiones, quibus in ea re utitur Interdicta Decretave vocantur.

Also das Eigenthümliche dieser Processe ist, daß sie principaliter von der auctoritas des Prätors abhängen, welche hier interponirt werden muß; und dies zeigt sich auch noch in dem Namen decreta. Wenn sich gleich dieser Ausdruck im engeren Sinne auf die Fälle concentrirt hat, (wie Gaius gleich darauf §. 140 hinzufügt), cum fieri aliquid jubet [2]), so haben doch auch die übrigen Fälle (Interdicta im engeren Sinne, cum fieri prohibet) mit jenen eben das gemein, daß der Prätor auctoritatem suam interponit. Und das liegt gerade in dem Worte decretum, indem es im Allgemeinen jede causa cognita vom Prätor vorgenommene Entscheidung bedeutet, also mit anderen Worten das ganze Gebiet der extraordinariae cognitiones [3]). — Deßhalb mögen alle diese Rechtsmittel, ebensogut wie sie im weiteren Sinne Interdicta heißen, so auch im weiteren Sinne sämmtlich Decreta genannt worden sein. —

---

tung auf das raschere Verfahren bei Interdicten liege. Mühlenbruch a. a. O. S. 205. Aber wenn der Prätor controversiae zu Ende bringt, ist denn damit gesagt, daß er sie rasch zu Ende bringe? Gaius hätte doch das, wenn er gewollt hätte, so leicht andeuten können! — Der Ton liegt vielmehr auf controversiis. Gaius wählt wohl absichtlich diesen Ausdruck zum Gegensatze von lites d. h. technisch den Processen, die auf actiones beruhen. — Vergl. über den Ausdruck: auctoritatem interponere §. 1. J. de fideicom. her.

2) Vocantur autem decreta, cum fieri aliquid jubet, velut cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur; interdicta vero cum prohibet fieri, etc.

3) Puchta Inst. I. S. 318 Text zu Note p., der aber behauptet, daß anfangs in Civilrechtssachen dies außerordentliche Verfahren nur in sehr wenigen Fällen zulässig gewesen sei, was denn freilich nach unserer Ansicht sich anders gestalten würde. — Uebrigens kommt der Ausdruck decretum, als jede Endentscheidung des Prätors, sehr häufig vor. s. z. B. Cic. Verr. II. 1. §. 93. 119. 120. 125. 137. etc.

Mit dieser Stelle des Gaius stimmen nun auch die gelegentlichen Aeußerungen der Juristen in den Pandekten überein, aus denen gerade, weil sie gelegentlich geschehen, deutlich hervorgeht, daß damit Nichts gesagt sein soll, was sich eben bloß auf das Interdict bezöge, von dem sie gerade sprechen, sondern was aus der allgemeinen Natur der Interdicte folgt, Aeußerungen, wie wir bei den actiones in factum nicht ähnliche finden.

Fr. 1. §. 2. de itinere act.q. priv. — Sive igitur habuit jus viae sive non habuit, in ea conditione est, ut ad tuitionem Praetoris pertineat.

Fr. 1. §. 2. de cloacis. — Curavit autem Praetor per haec interdicta, ut cloacae et purgentur et reficiantur. Quorum utrumque et ad salubritatem civitatum et ad tutelam pertinet.

Fr. 7. ne quid in loco publ. — qui adversus edictum Praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet, alioquin inane et lusorium Praetoris imperium erit.

Fr. 3. §. 9. de tab. exh. — Exhibere autem apud Praetorem oportet, ut ex auctoritate ejus signatores admoniti veniant ad recognoscenda signa; et si forte non obtemperent testes, Labeo scribit coerceri eos a Praetore debere [4]).

Besonders klar leuchtet das Gesagte, aus dem Institute der operis novi nunciatio hervor. Dadurch soll ein interimistischer Zustand geschützt werden, bis durch regelmäßigen Proceß das Recht festgestellt worden ist, ob das opus novum gemacht werden dürfe oder nicht. Bei diesem Proceß, der einen durchaus präjudiciellen Charakter hat, liegen alle Erfordernisse einer wahren actio vor, indem das Recht oder Unrecht des den Bau Unternehmenden hier durch einfachen Spruch des judex entschieden werden kann. Hier ist also nicht der geringste Grund,

---

4) So heißt es ferner in Beziehung auf die zum Schutz der Servituten eingeführten Interdicte: Traditio et patientia servitutum inducit officium Praetoris. Fr. 1. §. 2. de serv. pr. rust.

daß der Prätor es in seine Untersuchung und Entscheidung hineinziehe [5]). Dagegen ist außerdem ein factischer Schutz nöthig, sowohl für den Nuncianten, daß der Andere nicht baue, ehe er nicht in jenem Proceß gesiegt oder vorläufig Caution geleistet hat, — als auch für die Bauenden, so bald er genügend Caution gewährt. Dieser Schutz der factischen Verhältnisse zwischen den Nachbaren kann nur vom Prätor ausgehen, wie dies ausdrücklich von Ulpian anerkannt wird.

Fr. 1. §. 9. de op. n. nunc. — Et post operis novi nunciationem committunt se litigatores praetoriae jurisdictioni.

Und was ist nun das Resultat dieses nur vom Prätor zu gewährenden Schutzes, dem die Parteien sich anzuvertrauen haben? — Zwei Interdicte, ein **restitutorium** und ein **prohibitorium** [6]). — Kann es deutlicher gesagt sein, daß das unterscheidende Wesen der Interdicte eben ihre directe Abhängigkeit vom Prätorischen **imperium** ist?

Hierzu kommen noch folgende Punkte. Schon jenes eben citirte Fragment über das **Interd. de tabulis exhibendis** giebt uns an die Hand, weßhalb überhaupt die Exhibition eines Testamentes Gegenstand eines Interdictes war. Es soll vor dem Prätor exhibirt werden. Seine **auctoritas** ist nöthig, damit die Zeugen gezwungen werden könnten, zur Recognition der Siegel zu erscheinen, was geschehen muß, damit der wahre Zweck des Exhibirens eines Testaments erreicht werde [7]). Also wir sehen hier, und zwar schon zu Labeos Zeit, daß der Prätor bei dem, was er befiehlt, directen

---

5) In der That stellen die Römer auch diese actio den übrigen bei der o. n. n. vorkommenden Fragen sehr bestimmt gegenüber. **Fr. 1. §. 7. de op. nov. nunc.**

6) **Fr. 20. pr. §. 9. eod.**

7) Abgesehen von solchen Gründen ist nicht jede Forderung auf exhibere der Art, daß eigends die auctoritas des Prätors angerufen werde. Im Allgemeinen trat hier denn auch die actio ad exhibendum ein, und nur das Princip, daß der Prätor die Familien- und persönlichen Verhältnisse unter seiner directen Aufsicht behalten wollte, veranlaßte wieder die Abtrennung des Interdictum de libero homine, de liberis, de uxore exhibendis.

Zwang anwendet [8]). Nun aber muß es auch bei den anderen Interdicten sein Interesse sein, daß bei den factischen Zuständen, welche er schützen will, nicht bloß der Verletzer einen Schadensersatz in Geld prästire, sondern daß wirklich jenes factische Verhältniß zur wahren Ausübung gelange. Daraus erklärt sich, daß er, wo es ihm passend scheint, das Interdictenverfahren auch in eine völlige **extraordinaria cognitio** verwandelt, woraus denn von selbst folgt, daß er nun direct durch die ihm zu Gebote stehenden Zwangsmittel seinem Befehle Geltung verschafft.

Fr. 2. §. 8. test. quemadm. aper. — Si quis non negans, apud se tabulas esse, non patiatur inspici et describi, omnimodo ad hoc compelletur; si tamen neget, penes se tabulas esse, dicendum est, ad interdictum remitti, quod est de tabulis exhibendis. (S. fr. 1. §. 1. de tab. exhib. und den folg. §. Note 5.)

Fr. 1. §. 1 u. 2. de migrando. — Hoc interdictum proponitur inquilino, qui soluta pecunia vult migrare. — Cui rei etiam extra ordinem subveniri potest; ergo infrequens est hoc interdictum.

Fr. 3. pr. §. 1. ne vis fiat ei, qui in poss. — Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa, et non admittatur, potestate ejus inducendus est in possessionem, qui eum misit; et si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere, interdictum locum habere. Sed melius erit dicere, extra ordinem ipsos jure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem. — Constitutum est ab Antonino, ut etiam in bona here-

---

8) Fr. 4 u. 5. test. quemadm. aper. — Quum ab initio aperiendae sint tabulae, Praetoris id officium est, ut cogat signatores convenire, et sigilla sua recognoscere; — vel negare, se signasse; publice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere.

dis quis admittatur certis modis . . . . .; ceterum poterit uti et extraordinaria exsecutione.

Fr. 5. §. 27. ut in possess. legator. — Missus in possessionem, si non admittatur, habet interdictum propositum, aut per viatorem, aut per officialem praefecti, aut per magistratus introducendus est in possessionem.

Fr. 1. §. 1. de inspic. ventre. — Post editum plane partum a muliere jam potest maritus jure suo filium per interdictum desiderare, aut exhiberi sibi aut ducere permitti extra ordinem.

Hieher scheint mir auch folgende Stelle zu gehören. In fr. 1. de officio praefecti urbi erörtert Ulpian eine Reihe von Fällen, in denen von diesem Beamten extraordinariae cognitiones vorgenommen werden. Darunter kommt im §. 6. auch vor:

Sed et ex interdicto quod vi aut clam, aut interdicto unde vi audire potest.

Das kann doch nichts Anderes heißen, als daß auch hier ebenso wie in jenen Interdicten eine extraordinaria cognitio an die Stelle tritt.

Also sehen wir, daß um dem Befehl des Magistrats directe Anerkennung zu verschaffen, wo es passend erscheint [9]) anstatt des Interdictenprocesses extra ordinem procedirt werden kann. Soll man nicht danach annehmen dürfen, daß eine innere Verschiedenheit der Rechtssachen, welche sich zum außerordentlichen und zum Interdictenverfahren eigneten, durchaus nicht vorhanden ist, daß beide zusammen ein und dasselbe Gebiet umfassen? [10]) — Wenn uns dies zugegeben wird, so kann sich die weitere Frage nur so gestalten.

9) Und das ist vielleicht gar nicht auf die aus den Quellen hier angeführten Fälle beschränkt gewesen.

10) Danach erklärt es sich von selbst, daß ebensogut wie der Ausdruck decretum (der eigentliche Name für eine Sentenz extra ordinem) sich bei den Interdicten wiederfindet, so auch umgekehrt interdicere für das vorkommt, was entschieden extraordinaria cognitio ist. Fr. 1. §. 13. de off. praef. urbi. — Ebenso der Ausdruck interloqui. fr. 38. de fideic. libert.

Sobald wir beide Verfahrensarten dem Begriffe nach als Eins betrachten, d. h. als Processe, welche die Entscheidung eines mit imperium bekleideten Magistrats erfordern, so folgt, daß beide ursprünglich durchaus zusammengefallen sind, und sich erst im Laufe einer kürzeren oder längeren historischen Entwicklung die eine Proceßart von der anderen abgesondert hat. Da nun wohl Niemand daran denken wird, daß die extraordinariae cognitiones sich aus dem Interdictenverfahren, welches anfangs allein bestanden hätte, entwickelt haben könnten [11]), so bleibt nur die umgekehrte Auffassung übrig, wonach aus dem Verfahren extra ordinem das der Interdicta hervorgegangen ist. Danach glaube ich aber auch meine Behauptung bewiesen zu haben, wenn ich diesen Entwicklungsgang als einen höchst natürlichen und gleichsam sich von selbst bildenden, freilich ohne directe Quellenzeugnisse, nachweisen kann; und das soll nun im Folgenden, freilich nur in kurzen Zügen, versucht werden. Ein Mehres gestattet mir der Raum dieses Werkes nicht.

c) Der Interdictenproceß.

§. 54. Das Eigenthümliche des Interdictenprocesses, wie wir ihn aus Gaius kennen, ist, daß zuerst ein Verfahren in jure Statt findet, welches — nicht wie bei den actiones mit Abfassung einer formula, d. h. der Beauftragung des judex zu condemniren, — sondern mit der vom Prätor selbst vorgenommenen Verurtheilung endigt; womit dann aber doch der Proceß noch nicht vorbei ist, sondern ein auf jene Prätorische Verurtheilung fußendes judicium eintreten kann [1]). Dies

---

11) Ich spare deßhalb die Gründe, welche einer solchen Ansicht entgegengestellt werden könnten.

1) Gai. IV. 141. Nec tamen, quum quid jusserit fieri, aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad judicem recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod id fieri jusserit. — Ich glaube, es muß statt edictum gelesen werden: interdictum, was aus der Sigle idictum sehr leicht corrumpirt werden konnte. Gaius setzt näm-

judicium ist ein doppeltes; et modo, so fährt Gaius fort, cum poena agitur, modo sine poena: cum poena, velut cum per sponsionem agitur; sine poena, velut cum arbiter petitur, et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur [2]).

Das Gemeinsame dieser beiden Verfahrungsarten ist jedenfalls, daß der judex sich bei seiner Untersuchung der Sache genau an den Befehl des Prätors anzuschließen hat, von welchem also das judicium so direct abhängt, daß es eben nur darauf ausgeht, ob dagegen gefehlt worden ist, oder nicht [3]). Im Uebrigen sind beide Verfahrensarten wesentlich verschieden, wie das Gaius ausführlich beschreibt, und es ist gewiß eine sehr richtige Vermuthung [4]), daß das Sponsionenverfahren das der Zeit nach ältere ist, woran erst durch eine freiere Entwicklung die arbitraria formula geknüpft wurde. Mir scheint dies schon daraus sich zu ergeben, daß jenes das allgemeine Verfahren ist, das bei allen Interdicten eintreten kann, was also das eigentliche Interdictenverfahren ist, während diese sich nur auf die Fälle bezieht, quibus Praetor aliquid fieri jubet. — Dies stimmt aber vollkommen mit unserer Behauptung zusammen, daß ursprünglich alle Interdicte reine extraordinariae cognitiones waren, denn diesen steht das Sponsionenverfahren offenbar so nahe, daß es sich sehr leicht aus ihnen entwickeln konnte.

---

lich offenbar immer scharf gegenüber das jussit (decretum) und das prohibuit (interdictum im engern Sinn). Dieser Gegensatz soll offenbar auch am Ende jenes Satzes enthalten sein.

2) Vergl. Gai. IV. 161, ff.

3) Gai. IV. 166. — judex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est. — Also hier steht nicht: edicto, was wieder einen Schluß auf die Stelle der Note 1 gewährt. — So wird auch wohl die Sponsion (Gai. IV. 165) gelautet haben: ni contra interdictum praetoris non exhibuerit etc.; was auch mit den Blumeschen Zeichen viel mehr übereinzustimmen scheint.

4) S. Hollweg und Puchta a. a. O.

Nehmen wir nämlich an, daß anfangs in allen den Sachen, welche später interdicta heißen, der Prätor extra ordinem verfuhr, so liegt darin, daß die ganze Verhandlung der Sache von beiden Seiten [5]) so wie deren weitere Untersuchung vor dem Prätor vorgenommen wurde, und also dessen decretum die wahre Beendigung des Processes enthielt. Wenn nun gegen dies decretum der anbefohlene factische Zustand vom Besiegten verletzt wurde, so gehörte die Untersuchung dieses Contraventionsfalles, und die Verurtheilung in den Schadensersatz an und für sich wieder vor den Prätor. Indeß ist es genugsam aus der Menge der ihm obliegenden Geschäfte zu erklären, daß er, so weit es irgend zulässig war, dergleichen Verhandlungen von sich abzuwenden und auf judices zu übertragen, geneigt sein mußte. Wenn also der Contraventionsfall nicht der Art war, daß nur durch seine potestas der durch das frühere decretum festgestellte Zustand wieder hergestellt werden konnte, sondern wenn es sich nur darum handelte, den Contravenienten wegen etwaiger Störungen in Schadensersatz und Strafe zu nehmen, so eignete sich das ganz zur Cognition eines judex, indem dieser lediglich mit Beziehung auf das vorangegangene decretum zu untersuchen hatte, ob dagegen gehandelt sei oder nicht, und in Folge dessen eine einfache Condemnation auszusprechen war.

Dieser erste Schritt war indeß nicht der Art, daß man dabei hätte stehen zu bleiben brauchen. Die Geschäftslast des Prätors konnte so bedeutend sein, daß es ihm auch drückend war, jene erste Verhandlung und Untersuchung der Sache, auf die das decretum folgte, allein vornehmen zu müssen. Die

---

5) Daß auch in dem späteren Interdictenproceß immer beide Parteien in jure erscheinen mußten zur Feststellung der gegenseitigen Behauptungen, wird jetzt wohl allgemein zugegeben. Es geht dies einestheils aus Gaius IV. 164 hervor, wonach der Bekl. die formula arbitraria fordern muß, antequam ex jure exeat, anderntheils aus den Bestimmungen über die confessiones in jure, auf die immer zuerst gesehen wird, indem das Interdict überhaupt nur erlassen wird, si neget, se posse vel oportere (adversario satisfacere) fr. 1. §. 1. de tab. exhib. fr. 6. §. 2. de confess. fr. 56. de re judicata.

Mehrzahl der Sachen, worüber wir in späterer Zeit Interdicte finden, kann auch schon in sehr früher Zeit vorgekommen sein; und seitdem sie überhaupt vom Prätor anerkannt wurden, mußten sie auch sehr häufig vorkommen, so daß sich von selbst feststehende Regeln bildeten, wonach der Prätor diese Sachen entschied, Regeln, die denn auch sehr natürlich ins Edict aufgenommen wurden [6]). Die Geschäftslast muß in der That eine sehr bedeutende gewesen sein, wie uns dies ja sogar noch aus einer späteren Zeit bezeugt wird [7]). Das mußte zu einer Abhülfe nothwendig hindrängen, und aus dieser Abhülfe ergiebt sich der Sponsionenproceß der Interdicte von selbst.

Ebensogut wie man nach Abgabe des Decrets den Proceß über einzelne Contraventionen abzweigen und an judices übertragen konnte, so ließ sich auch von jenem ersten Verfahren, das durch das Decret entschieden wurde, noch mancherlei absondern, um die Thätigkeit des Prätors zu vermindern. Jedenfalls freilich mußte der Prätorischen Cognition verbleiben die Feststellung der Behauptungen, weil dies ja auch bei den actiones nie einem judex anvertraut wurde und werden durfte. Ferner mußte bei diesen Interdictensachen auch fernerhin das Urtheil noch vom Prätor gesprochen werden, weil ja gerade darauf ihre ganze juristische Natur ausgeht, daß sie von dessen imperium Schutz erhalten sollen. Es blieb also nur das Beweisverfahren übrig, das aber ließ sich nun allerdings auf den judex übertragen.

Dies hätte man so machen können, daß man nach Feststellung der Behauptungen in jure, das Beweisverfahren auf den judex übergeleitet hätte, nach dessen Beendigung die Sache an den Prätor zurückgebracht worden wäre und dieser das decretum gefällt hätte. Aber eine solche weitläufige und unbe-

6) Wir können ohne Schwierigkeit annehmen, daß auch schon vor der lex Aebutia über sehr viele Punkte, namentlich die auf dem Civilrecht ruhenden (§. 52. am Ende) bereits Regeln im Edicte standen, ja daß diese damals den größten Theil des Edicts ausgemacht haben mögen. S. Hugo R. G. S. 421. Z. 4 ff.

7) Cic. pr. Caec. c. 13. — Praetor, qui totos dies aut vim fieri vetat aut restitui factam jubet, qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum itinerumque controversiis interdicit.

holfene Uebertragung und Rückübertragung konnte keinem Römer in den Sinn kommen.

Offenbar war die Sache viel einfacher abgemacht, wenn man das Beweisverfahren, welches eigentlich dem **decretum** vorausgehen mußte, das aber der Prätor nicht mehr selbst leiten wollte, — mit jenem ersten Contraventionsprocesse vor dem **judex** combinirte, wie diese vielleicht schon lange vom Prätor zur Verringerung seiner Geschäfte angeordnet zu werden pflegten. Darin lag also, daß der Prätor nach der Feststellung der beiderseitigen Behauptungen sein **decretum** sprach, das nun freilich nur ein hypothetisches war, d. h. unter der Voraussetzung, daß die klägerischen Behauptungen richtig und die des Beklagten [8]) unrichtig seien, wurde dem Beklagten befohlen, etwas zu thun oder zu unterlassen. Hiernach wartete man bis zum Contraventionsfalle, also bis der Bekl. in der festgesetzten Zeit das Befohlene nicht gethan, oder bis er zuerst die ihm verbotene Handlung vorgenommen hatte. Jetzt mußte doch jedenfalls ein **judicium** auf Schadensersatz und Bestrafung des Contravenienten eintreten, also schadete es noch gar nichts, daß bisher das Beweisverfahren, mithin die Frage ob überhaupt der Bekl. schuldig sei, **in suspenso** gelassen war. Diese konnte jetzt nachgeholt werden, indem der **judex** nur dann zu condemniren hatte, wenn die Voraussetzung, unter der der Prätor das Decret erlassen, sich richtig erwies. Fanden sich dagegen die Behauptungen des Klägers unbegründet, so war freilich dadurch die Sache verweitläuftigt, indem jetzt der Bekl. absolvirt, der Kläger noch wegen unrichtig angestellten Processes condemnirt wurde, während wenn der Prätor gleich vor seinem Urtheile das Beweisverfahren vorgenommen hätte, weder dies Urtheil noch ein ferneres **judicium** vorge-

---

8) Früher ist behauptet worden, daß bei der Erlassung des Interdictes nur die im Edict erwähnten Exceptionen berücksichtigt worden wären, worin wieder eine Summarietät der Interdicte liegen sollte. Indeß wird heutzutage wohl nicht mehr bezweifelt, daß nach ganz freier causae cognitio des Prätors auch andere Exceptionen, sobald sie nur die in Frage stehende Sache betrafen, zugelassen wurden. S. z. B. **Fr. 1. §. 6. ne quid in flum. publ.**

kommen sein würde. Aber der Prätor hatte jedenfalls seinen Zweck erreicht, und sich dieses Beweisverfahrens entledigt, wodurch denn überhaupt in einer unendlichen Menge von Rechtssachen der größte Theil seiner bisherigen Geschäfte ihm abgebürdet war. —

Diese Entwicklung enthält nun gerade genau jenen Sponsionenproceß der Interdicte, wie Gaius ihn beschreibt, und es wird also wohl zugegeben werden müssen, daß in einer höchst natürlichen Art diese neue Gestaltung aus den bisherigen reinen **extraordinariae cognitiones** abgeleitet werden kann. In den ältesten Zeiten, als nur jene dem Civilrecht bereits angehörigen Fälle in Betracht kamen (§. 52. am Ende), konnte der Prätor sie leicht durch eigene Untersuchung erledigen. Aber mit dem steigenden Römischen Verkehr wurden einestheils schon in diesen Fällen die Streitigkeiten häufiger, anderntheils erheischte dieser complicirtere Verkehr die Aufstellung neuer feinerer Rechtsverhältnisse. Darunter gehörten namentlich alle Besitzeszustände, und doch brachte es wieder die Natur derselben mit sich, daß die beabsichtigte Schützung derselben eben nur vom Prätorischen **imperium** ausgehen könne. Wenn hier keine **in factum actiones** zureichten, wenn nur durch **decreta** des Prätors geholfen werden konnte, so war es doch dafür wieder dringend nöthig, daß in Beziehung auf den Zuwachs seiner Geschäfte wieder eine Verringerung der Thätigkeit, die der Erlassung jener **decreta** vorausging, eintrete. Es konnte dem Prätor nie in den Sinn kommen, die juristische Natur der fraglichen Rechtsverhältnisse gewaltsam umgestalten zu wollen, also die Abhängigkeit von seinem **imperium**, wodurch sie sich gerade charakterisiren, aus der Hand zu geben. — Dasjenige dagegen, was eine Privatperson, ein **judex**, ebensogut vornehmen kann, als der Prätor, mußte nun auch nothwendig diesem abgenommen werden, damit nicht etwa das Wichtigere, d. i. die einsichtsvolle übersichtliche Leitung der gesammten Jurisdiction darüber verloren gehe.

Also es ist nicht Zufall, oder leere Formalität, daß der Prätor sich bei den Interdictensachen die Sprechung des Urtheils, das **decretum** oder **Interdictum**, reservirte, es ist völlig bewußte Einsicht in die Natur dieser Verhältnisse, welche

magistratisches **imperium** allein entscheiden, wobei ein **judex**, wie das Gaius so klar hervorhebt, nur soweit eintreten kann, als er zu bestimmen hat, ob gegen diesen Befehl gehandelt worden sei oder nicht [9]).

Daraus erklärt es sich gerade, was wir oben anführten, daß wo dem Prätor in diesem subsidiären Hinzutreten des **judex** noch nicht genug Kraft zu liegen scheint, er selbst wieder eingreifen, und die Zügel des ganzen Processes **extra ordinem** übernehmen kann, um mit seiner Gewalt den factischen Zustand, den er durchgesetzt wissen will, zu erzwingen. Alle Interdicte gehen wahrhaft auf Durchsetzung factischer Zustände, aber im gewöhnlichen Laufe der Dinge ist hierfür durch Androhung von Geldstrafen genügende Sicherheit gewährt, und es würde thöricht sein, die Mittel über den Zweck hinaus zu verschwenden [10]). Aber wo etwa Böswilligkeit trotz pecuniärer

---

9) Eine vollkommene Analogie findet das Gesagte in dem Verfahren bei den **in int. restitutiones**. Auch diese hängen direct vom **imperium** des **magistratus** ab, weßhalb denn der Satz stets bestehen blieb, daß er sie (abgesehen von der **propter cap. dim**) wenn er wollte, durch **extraord. cogn.** allein zu Ende bringen könne. Aber daneben stellte sich ein anderes Verfahren, wobei man die zwei bei jeder Restitution zu trennenden Punkte auch äußerlich schied. Die Beurtheilung der **causa restitutionis** behielt sich stets der Prätor, nach Anhörung der beiderseitigen Behauptungen, vor, ebenso wie auch die **causa interdicti** stets seiner **cognitio** überlassen blieb. — Nach dieser Untersuchung fällte er dann, ebenso wie bei den Interdicten nur ein hypothetisches Urtheil (**judicium rescindens**), um, soweit es überhaupt möglich war (d. h. soweit sich hier eine Klage construiren ließ) die zweite bei jeder Restitution nöthige Frage, das Beweisverfahren über die Läsion vor einem **judex** verhandeln zu lassen (**judicium rescissorium**) s. Burchhardi Lehre von der **in int. rest.** §. 24. — Ich könnte außerdem noch eine vortreffliche Autorität citiren, die mich auf diese offenbare Aehnlichkeit mit dem Interdictenverfahren aufmerksam gemacht hat.

10) Das ist der Sinn von **fr. 1. §. 2. si vent. nomine. Necessario Praetor adjecit, ut qui per dolum venit in possessionem cogatur decedere. Coget autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit. Jus ordinarium** ist Alles, wobei ein **judex** eintritt. Aber

Nachtheile sich dem Willen des Prätors widersetzen wollte, da zeigt sich denn auch, daß er die stärkeren ihm zu Gebot stehenden Mittel nicht ungebraucht läßt.

Hieran knüpft sich von selbst die Frage über die Executionsregeln, welche bei den Interdicten eintreten. — Als die Sachen noch rein extra ordinem verhandelt wurden, mag schon in den meisten Fällen für den Contraventionsfall nur das pönale judicium eingetreten sein, weil man einestheils meist mit Recht voraussetzen konnte, daß der Beklagte aus Furcht vor dieser poena sich die Contravention werde gar nicht zu Schulden kommen lassen; und anderntheils der Gegner mit der ihm zukommenden Strafe vielfach zufrieden sein mogte.

Das veranlaßte es eben, daß man in diesen Contraventionsproceß das Beweisverfahren aus der bisherigen extr. cogn. hineinzog, d. h. daß sich überhaupt das eigenthümliche Interdictenverfahren bildete. Der judex condemnirte nun, nachdem er gefunden, daß der Bekl. nicht wie er gesollt, gehorcht habe, jedenfalls auf die stipulirte poena, und außerdem wenn es sich de re restituenda vel exhibenda handelte, auch auf dieses[11]), was dann, wenn der Bekl. wieder nicht gehorchte, in eine Geldcondemnation umgewandelt wurde. Durch das juramentum in litem war hiebei der Bekl. noch besonders schlecht gestellt, und deßhalb mögen wohl verhältnißmäßig wenig Fälle vorgekommen sein, wo man nicht den wahren Zweck des Interdicts, Herstellung eines gewissen factischen Zustandes, ereicht hätte. Wo man vermuthen konnte, daß der Bekl. trotz der ihm drohenden Nachtheile nicht gehorchen werde, und wo dem Kläger eine Geldcondemnation nicht genügte, konnte wohl in allen Interdictensachen der Prätor den Proceß extra ordinem an sich nehmen, und dann direct das Befohlene erzwin-

---

es liegt doch auch in dieser Stelle, daß der Prätor berechtigt ist, bisweilen mit seiner potestas einzugreifen.

11) Gai. IV. 165. — deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario; ille huic invicem restipulationis: sed actor sponsionis formulae subjicit et aliud judicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur vel restituatur . . . .

gen. Es berechtigt uns zu dieser Annahme theils schon die nachgewiesene Gleichheit des Gebietes zwischen Interdicten und extr. cogn., theils aber scheint dieselbe nothwendig, um nun etwas Anderes zu rechtfertigen, was wir entschieden in unseren Quellen finden.

Es wird nämlich bekanntermaßen von Ulpian in fr. 68. de rei vind. die allgemeine Theorie vorgetragen, daß in allen Fällen, wo **qui restituere jussus judici non paret, siquidem habeat rem, manu militari officio judicis (Praetoris?) ab eo possessio transfertur.** Von den vielen hierüber geäußerten Ansichten scheint mir die Hollweg'sche[12]) die wahre, der mit Recht sagt, bei der etwaigen Verfälschung dieser Stelle müßte der Geist der classischen Zeit in ganz ungewöhnlicher Weise über die Compilatoren gekommen sein, und gerade weil diese Voraussetzung viel zu gewagt wäre, so muß man diese Stelle für eine ächte Aeußerung Ulpians halten. Dabei ist aber streng festzuhalten, daß directe Execution jedenfalls in der älteren Zeit bei den actiones nicht vorkam, daß sie zuerst bei den Interdicten aufgekommen und dann nicht lange vor Ulpian auf jene übertragen sein mag[13]).

Dies paßt vollkommen mit unserer Auffassung zusammen. Wenn Interdicte und extr. cogn. ein und dasselbe Rechtsgebiet umfassen, wenn jene immer schon bisweilen in diese verwandelt werden konnten, was ist natürlicher, als daß bei den Interdicten allgemein recipirt wurde, was in denselben Sachen früher bereits Statt gefunden hatte, als sie noch extraordinariae cognitiones waren. Ja es wäre vielleicht die Annahme zu rechtfertigen, daß bei den Interdicten, wenn der Bekl. besaß, von jeher die directe Prätorische Execution bestand, wo-

12) Handbuch des Civ. Proc. I. S. 329 ff.

13) Später wurde die Execution manu militari, abgesehen von einzelnen Ausnahmen (l. 2. C. de his, qui latrones 9. 39.) wieder aufgehoben und streng verboten (l. 5. C. de jurisd. 3. 13. l. 1. C. de off. mil. jud. 1. 46) und da die Compilatoren dies billigen, so kann doch nicht gerade von ihnen das Umgekehrte dem Ulpian in den Mund gelegt werden.

bei es sich doch noch völlig erklären läßt, daß anstatt derselben auch bisweilen wahre extr. cogn. eintraten.

Daß aber dies bei den Interdicten geltende Recht erst von da auf die actiones übertragen ist, deutet auch Ulpian an, indem er in unserer Stelle gewiß nicht zufällig die Interdicta voranstellt.

> Haec sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt . . . . locum habet.

§. 55. Bisher ist nur von dem Verfahren die Rede gewesen, welches bei allen Interdicten vorkam. Daneben bestand für die eine Klasse derselben, nämlich wo der Prätor aliquid fieri jubet, das besondere Verfahren, per formulam arbitrariam, welches die Zeichen seiner späteren Entstehung an der Stirn trägt. Auch kann es unmöglich das frühere einzige gewesen sein, da es sich nicht auf alle Interdicte, nämlich auf die prohibitoria gar nicht bezieht, und zu diesen gerade die gehören, die wir den ältesten Zeiten vindiciren müssen.

Das Verfahren per formulam arbitrariam ist das von dem ursprünglichen Proceß in den Interdictensachen, nämlich den extraordinariae cognitiones, am Weitesten entfernte, den actiones sehr nahe stehende. Und daß man endlich dahin gelangen mußte, ergiebt sich aus unseren obigen Principien so ziemlich von selbst. Das exhibere ist an und für sich nicht eine Handlung, die nur vom Prätor befohlen werden konnte, eben deßhalb zieht er es auch nur aus ganz besonderen Gründen in den Kreis der Interdicta (§. 53. Note 7). Dasselbe gilt auch vom restituere, welches bei einer Menge von actiones, seien sie in rem oder in personam, vorkommen kann, und also mit dem Prätorischen imperium gar nicht zusammenhängt. An und für sich kann daher ein Recht auf restituere noch nicht Gegenstand eines Interdictes sein, wenn es nicht aus einem Verhältniß entsprungen ist, dessen Schutz direct von der Macht des Prätors abhängt. So kann aus dem interimistischen Verhältniß der op. novi nunc. ein Anspruch auf restituere hervorgehen, was denn mit einem Interdicte durchgesetzt wird. So ist namentlich der Besitz Ge-

genstand des Prätorischen Schutzes, d. h. da wo es passend ist, daß die Sache sich befinde, soll sie nun auch ferner gegen Störungen geschützt sein. Aber da häufig Fälle vorkommen, daß die Sache sich in Händen befindet, deren Besitz zu schützen nicht passend sein würde, so muß der Prätor oft die erste Herausgabe oder die Zurückgabe des Besitzes befehlen [1]). Nicht deßhalb ist dies der Gegenstand von Interdicten, weil es hier auf ein **restituere** ankommt, sondern weil es sich um **possessio** handelt.

Dabei mußte es aber doch den Römern immer klarer werden, daß bei allen diesen Rechtsmitteln auf ein **restituere** und **exhibere** der factische Zustand, dessen Dauer nothwendig der Prätorischen Schützung bedarf, eben nur mittelbar in Betracht kommt, daß hingegen dasjenige, warum es sich hier eigentlich handelt, sich von dem bei den **actiones** vielfach Vorkommenden gar nicht unterscheidet, weßhalb denn auch kein Grund vorhanden war, dabei nicht das gewöhnliche Actionenverfahren eintreten zu lassen. Nur wo es sich um ein **prohibere** handelt, also um Verhütung von Gewaltthätigkeiten gegen ein gewisses factisches Verhältniß, mußte das bisherige pönale Interdictenverfahren beibehalten werden. Bei den übrigen Sachen, **quibus Praetor aliquid fieri jubet**, stand einer Annäherung, ja man kann fast sagen einer Ausgleichung mit dem Actionenproceß nichts im Wege.

Dies ist es gerade, was wir in der **formula arbitraria** finden. Bei dem Sponsionenproceß ist das **decretum** des Prätors von wahrer innerlicher Bedeutung. Es ist der Grund, daß, wer demselben nicht gehorcht, und doch schuldig ist zu gehorchen, Strafe leiden muß. Es konnte, seitdem man das Beweisverfahren in den Contraventionsproceß gezogen hatte, der Bekl. sich doch nicht damit entschuldigen, seine Verpflichtung sei bei Erlassung des **decretum** vom Kläger noch nicht bewie-

---

1) Nicht unrichtig sagt ein wohl wenig bekannter Schriftsteller, Joh. Tavardus, de interdictis et actionibus (Frankf. 1600): „in restitutoriis et exhibitoriis Interdictis Praetor tacite censetur prohibere, ne vis fiat ei, cui res exhibita est, aut restituta, ut patet ex l. 1. D. ne vis fiat ei qui in poss.“

sen gewesen. Er soll, wo er sich innerlich verpflichtet fühlen muß, sich nicht auf formelle Gründe berufen, und nur wo er in Wahrheit unschuldig ist, braucht er sich an den Befehl des Prätors nicht zu kehren, indem ja dann bei dem **judex** seine Unschuld schon an den Tag kommen wird, und er nun sogar des Klägers Bestrafung veranlassen kann. Nur gegen den Schuldigen ist das Decret des Prätors gerichtet, für den Unschuldigen ist genug gesorgt, daß er nicht in Strafe falle. Der Schuldige aber hat seine Strafe bereits verwirkt, wenn seine Schuld an den Tag kommt, weil er sich gegen den Befehl des Prätors aufgelehnt hat, dem er sogleich gehorchen, nach dem er nicht erst noch auf das formelle Beweisverfahren beim **judex** sich triegen sollte.

Man konnte nicht der Ansicht sein, dieses eigentliche Interdictenverfahren, das eben den Charakter der darin verhandelten Rechtssachen anzeigt, in irgend einer Weise aufzuheben, aber man wollte doch, wo es auf **exhibere** und **restituere** ankam, dem Beklagten die Möglichkeit gewähren, den Proceß in ähnlicher Weise, wie bei den **actiones**, also ohne Gefahr einer Strafe fortzuführen, schon deßhalb, weil hier sehr viel ehr der Fall denkbar ist, daß der Bekl. ohne das innere Bewußtsein der Schuld doch nachher vom Kläger im Beweisverfahren besiegt werden konnte. Deßhalb knüpfte man die Einleitung des Verfahrens **per formulam arbitrariam** an die Bitte dessen der es wünschte, was meistens der Bekl. gewesen sein wird [2]), und nun folgte ganz nach den gewöhnlichen Regeln des **ordo judiciorum** die Verhandlung der Sache [3]). Der

2) Observare debet is, qui volet arbitrum petere, ut statim petat, antequam ex jure exeat, id est antequam a Praetore discedat; sero enim petentibus non indulgebitur. Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de jure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur, nam actor provocat adversarium sponsione. etc. — Gaius (IV. 164. 165) stellt hier offenbar das Eintreten des arbiter als ein Schutzmittel gegen die Provocation des Klägers dar, also als ein Schutzmittel für den Beklagten.

3) Gai. IV. 163. — namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria; nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id

judex erließ noch einmal ein arbitrium de restituenda vel exhibenda re, und erst diesem (also erst nach Beendigung des Beweisverfahrens) brauchte der Bekl. zu gehorchen, ohne in eine Strafe zu verfallen. Darin liegt, daß nun der erste Befehl, das decretum des Prätors, hier gar keine materielle Bedeutung mehr hat, indem jeder Beklagte sich gehütet haben wird, vor dem Resultate des Beweisverfahrens zu gehorchen, da ihm ohne Schaden so lange zu warten erlaubt war. Also ein materieller Unterschied zwischen diesem und dem Actionen-Verfahren besteht nicht mehr. Nur die Schranke ist zwischen beiden bestehen geblieben, daß es auf die Achtsamkeit des Bekl. ankommt, sich die formula arbitraria eigends erbitten zu müssen, wo er nicht in die Gefahr des pönalen Verfahrens gerathen will. Im Uebrigen ist es nur ein formeller Unterschied, daß der Prätor nach Vortragung der gegenseitigen Behauptungen hier erst noch ein hypothetisches Urtheil fällt, und dann die formula abfaßt, während bei den actiones nur von diesem Letzteren die Rede war.

Danach darf die Frage aufgeworfen werden, weßhalb nicht der Prätor nun den letzten Schritt that, und jene Formalität der Fällung eines hypothetischen Urtheils ganz über Bord warf? Man könnte dies vielleicht nur dadurch zu erklären versucht sein, daß die Römer am Althergebrachten hingen, und und deßhalb auch unnütze Formalitäten gerne bewahrten. Indessen das Princip, welches wir in den Interdicten gefunden haben, gewährt uns noch weit bessere Gründe. Einestheils konnte ja, was eben bemerkt ist, die Nachlässigkeit des Bekl. es dahin bringen, daß es doch zum Sponsionenproceß kam, und da der arbiter immer nach Sprechung des decretum erbeten wurde, so konnte diese also um jener Möglichkeit willen, nie unterbleiben. Und das Sponsionenverfahren hier ganz abzuschaffen, konnte der Prätor nie Lust haben, weil, wenn es sich auch nur um ein exhibere und restituere handelte, doch der mittelbare Zusammenhang mit den Fragen feststeht, welche

---

sine poena exhibet vel restituit, et ita absolvitur; quod si nec restituat, neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur.

direct von der Prätorischen Jurisdiction abhängen. Ein Zusammenhang, den zu zerschneiden der Prätor nie wollen konnte, um diese Interdicte nicht ganz vom Gebiete der extr. cogn. zu entfernen, wonach es ihm allein möglich war, bisweilen den vorliegenden Fall ganz extra ordinem zu entscheiden, und überhaupt die Executionsregeln seiner extraordinariae cognitiones auch bei allen Interdicten aufrecht zu erhalten, so daß sie später sogar auf die actiones übertragen werden konnten. — Das Endresultat ist also, daß auch bei den exhibitor. und restitutorischen Interdicten immer noch ihr ursprünglicher materieller Grundcharakter zu erkennen ist, daß aber, namentlich bei manchen derselben, im praktischen Leben nie oder fast nie die formelle Gestalt derselben eine andere war, als der Proceß per formulam arbitrariam, daß sie also in ihrer äußeren Erscheinung mit den actiones fast zusammenfielen. Kann es uns deßhalb Wunder nehmen, daß der Prätor selbst, wenn er etwa ein schon länger bestehendes Interdict unbestimmt erweitern wollte, eben dieses Interdict unverändert bestehen ließ (denn die Erweiterung hätte wieder eine genau bestimmte sein müssen), und daß er, was nicht darunter gehörte, nun nach jedesmaliger Untersuchung mit einer in factum actio zu schützen versprach? [4])

Daher erklärt sich fr. 1. §. 1. de Salv. int., wo eine utilis actio, die sich an das Interdict anschließt, erwähnt wird, was indeß nach der weiteren Bedeutung auch so genommen werden könnte, wie utile interdictum (fr. 1. pr. eod.); da actio im allgemeinen Sinn jedes Rechtsmittel, also auch die Interdicte bezeichnet (s. §. 20. Note 2). Ein anderes sichereres Beispiel finden wir bei dem Fraudatorium Interdictum, welches fr. 67. §. 1 u. 2. ad Sc. Trebell. und fr. 96. pr. de solutionibus erwähnt wird, und dessen Bedeutung und Verhältniß zur Pauliana actio bisher für völ-

---

4) Von der anderen Seite sehen wir Fälle, die nicht unter die Voraussetzungen eines bestimmten Interdicts paßten, und für die auch keine in fact. act. proponirt werden konnte, wieder in das reine Gebiet der extr. cogn. zurückfallen. Fr. 3. §. 3. de lib. exhib.

lig räthselhaft gehalten worden ist. Man hat bereits vermuthet, daß die Edictsworte der Paul. act. uns in fr. 1. pr. quae in fraud. cred. aufbewahrt worden seien, wogegen die in fr. 10. pr. eod. mitgetheilte Edictsstelle eben jenes Interdict beträfe. Ich kann auf die Gründe, die mir dies entschieden zu beweisen scheinen, hier, soweit sie nicht im Folgenden liegen, nicht weiter eingehen, sondern nehme es als feststehend an, was auch gegründeten Widerspruch nicht wohl erfahren wird. Die Edictsworte der Pauliana lauten also folgendermaßen:

> Quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo, idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit servabo.

Das Interdict dagegen wird so bestimmt:

> Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de agitur, fecit, ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actionem ex edicto meo competere esseve oportet, et si non plus quam annus est, quum de ea re qua de agitur, experiundi potestas est, restituas.

Die directe Anrede und der ausdrückliche Restitutionsbefehl zeigen klar genug die Interdictennatur an [5]); darauf folgt nun aber noch der Zusatz:

> Interdum causa cognita, etsi scientia non sit in factum actionem permittam.

Also es ist eine in factum actio, welche zur weiteren Ausdehnung des Interdictes dient, da man, weil Interdicta eigentlich nur gegen den seiner Schuld Bewußten gerichtet werden, dasselbe si scientia non sit, nicht wohl anwenden konnte. Im Uebrigen aber hat doch diese in fact. act. alle Voraussetzungen des Interdictes, und so kommt es, daß Ulpian in der weiteren Erörterung des fr. 10. beide als ein

---

5) Die Stelle ist aus Ulpians 73. Buch ad edictum, worin er noch die Interdicte abhandelt. Fr. 1. de migrando.

Rechtsmittel auffaßt, und dies, weil die in fact. act. die Erweiterungen enthält, überhaupt kurz eine in fact. act. nennt. — Dennoch können wir hier immer noch die materielle Grundlage erkennen, um derentwillen man, abgesondert von der Pauliana actio, ein Interdict constituirt hat. Die erstere steht dem curator bonorum, oder wer an seiner Stelle ist, d. h. dem Repräsentanten sämmtlicher Gläubiger zu, wodurch gerade die Gesammtheit der Gläubiger gegen Geschäfte des Cridars mit dritten Personen gesichert sein soll. Diese dritten Personen sind also entweder Schuldner des fraudator, oder solche, denen er nach Eröffnung des Concurses durch irgend ein Geschäft, unrechtmäßigen Vortheil zuwenden will [6]). Die Gläubiger, welche in bona immittirt sind, werden hier als eine Einheit betrachtet, welche, da sie durch den Verkauf der Güter bezahlt werden will, es auch nicht zu leiden braucht, daß von dem activen Vermögen also auch von den Forderungen des Cridars irgend etwas hinwegkomme, oder daß noch aus späteren Contracten ein Gläubiger zu ihnen hinzutrete, und so ihre rata, auf die sie hofft, vermindert werde. Ebendeßhalb wird die Gläubigerschaft gegen alle solche Beeinträchtigungen durch den curator. bonor. repräsentirt, und alle Voraussetzungen einer wahren actio sind hier vorhanden.

Offenbar aber sind durch diese juristische Gestalt der Paul. act. diejenigen Fälle ausgeschlossen, wo die einzelnen Gläubiger, die zusammen in bona immittirt wurden, und nach Außen hin eine Einheit bilden, wieder unter sich betrügerisch mit

---

6) Fr. 1 §. 1. h. t. — quo edicto consuluit creditoribus, revocando ea, quaecunque in fraudem eorum alienata sunt. Fr. 6. §. 9. Praeterea illud sciendum est, eum, qui consentientibus creditoribus aliquid a fraudatore vel emit, vel stipulatus est, vel quid aliud contraxit, non videri in fraudem creditorum fecisse. Fr. 1. §. 2. Sive ergo rem alienavit, sive acceptilatione vel pacto aliquem liberavit. — Fr. 3. §. 1. Gesta fraudationis causa accipere debemus, non solum quae contrahens gesserit aliquis, verum etiam, si forte data opera ad judicium non adsit, vel litem mori patiatur, vel a debitore non petat, ut tempore liberetur, aut usumfructum vel servitutem amittat.

diesen bona verfahren, und weil sie nicht alle vollständig befriedigt werden können, sich der Eine vor dem Anderen bezahlt zu machen suchen. Gegen sie kann der Curator nicht auftreten, weil dieser nur Repräsentant aller Gläubiger, also auch der betrügerisch Handelnden ist. Und an und für sich ist ja der Gläubiger, der sich ganz bezahlt zu machen sucht, in seinem Rechte, da ihm die Forderung wirklich zusteht. — Indessen greift hier ein anderer Gesichtspunct ein; der Prätor, indem er missio in bona den Gläubigern ertheilt, gewährt ihnen dadurch das Mittel, wenigstens theilweise zu ihrem Gelde zu kommen. Aber dafür verlangt er auch von ihnen, daß sie sich ihres Rechtes einstweilen begeben, ihre ganze Forderung bezahlt zu erhalten. Sie Alle sollen jetzt auf gleicher Stufe stehen, und so ist es, was von selbst aus der Ertheilung der missio folgt, Pflicht des Prätors, den factischen, daraus hervorgegangenen Zustand in Beziehung auf die bona zu schützen, damit der eine creditor nicht mehr als der andere erhalte. Das kann also nur Gegenstand eines Interdictes sein, und daß wirklich darauf jenes fraudatorium interdictum ausgeht, scheint mir leicht bewiesen werden zu können. Jene Edictsworte scheiden ausdrücklich in Beziehung auf die bona, quibus de agitur, den tu und die illi, welche hier nicht durch den curator bon. repräsentirt werden, sondern da sie Alle gleiches Recht auf die bona haben, als Einzelne gegen Einzelne zu schützen sind. Und so geht es denn auch aus der weiteren Erörterung Ulpians in fr. 10. deutlich hervor, daß hier nur creditores den Mitcreditoren gegenüberstehen [7]).

---

7) S. namentlich gleich fr. 10. §. 1. h. t. — ferner §. 6. Praeterea sciendum est, posse quaeri, quod dicitur, in fraudem creditorum alienatum revocari posse, si iidem sint creditores, et si unus creditor sit ex illis, qui fraudati sunt, sive solus tunc fuit, sive quum ceteris satisfactum est, hic solus remansit, probandum esse, adhuc actioni fore locum. §. 13. Si, quum mulier fraudandorum creditorum consilium inisset, marito suo eidemque debitori in fraudem creditorum acceptum debitum fecerit dotis constituendae causa etc. §. 22. Praeterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fue-

§. 56. Die Entwicklung des Interdictenprocesses ist hiermit in möglichster Kürze gegeben worden. Das Resultat, das wir darin gewonnen, ist allerdings für das Folgende von großer Wichtigkeit. Wir haben gefunden, daß die Frage nach der Form des Verfahrens im inneren Zusammenhang mit der materiellen Bedeutung der darin verhandelten Rechtssachen steht, daß wir, sobald ein Fall unter den Schutz eines Interdictes gestellt ist, daraus einen Rückschluß machen dürfen auf die Natur dieses Falles. Wir sind berechtigt zu präsumiren, daß darin ein Rechtsverhältniß vorliegt, welches seine Entscheidung nur vom Prätor erhalten kann, und das auch überhaupt Nichts in sich faßt, was gewöhnlicher Gegenstand der actiones ist. Wo es sich also um Rechtsverhältnisse an Sachen handelt, haben wir zu präsumiren, daß bei den Interdicten nur von possessio die Rede sei, weil nur diese vom Prätorischen imperium abhängt, während das definitive Recht an Sachen (also die proprietatis quaestio) in den Actionenproceß gehört. Allerdings kann auch hiervon der Prätor, wenn er es passend hält, abgehen.

Es können Fälle vorkommen, wo der Prätor gewisse Befugnisse an Sachen schützen will, die so erorbitanter Natur sind (z. B. die Wiederherstellung eines Weges), daß als Berechtigung dazu ihm nicht mehr die Nachweisung der possessio genügt, sondern er den Beweis des Rechts selbst, aus dem

---

rint sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset, s. noch besonders fr. 24. h. t. — Dies Interdict, welches sich anfänglich und eigentlich nur auf den wahren Concurs bezieht, ist dann auch weiter auf alle Handlungen bezogen worden, wodurch ein Creditor malo consilio einen Mitgläubiger zur eigenen Befriedigung um dessen Forderung bringt; wie dies namentlich aus fr. 96. pr. de solut. und fr. 6. §. 2. de reb. auct. jud. hervorgeht. — Im Uebrigen sind die Voraussetzungen des Interdicts ganz wie bei der Paulliana actio, was der Prätor ausdrücklich schon im Edicte angiebt (si eo nomine actionem ex edicto meo competere esseve oportet). So haben wir denn hier entschieden einen Fall, wo die actio das Frühere ist, und das Interdict erst später eingeführt sein kann. Die umgekehrte Ordnung ließe sich hier auch gar nicht wohl denken (s. §. 52. Note 7.)

jene Befugniß fließen soll (also in jenem Fall den der Wegegerechtigkeit) fordert [1]). Hier zieht er die proprietatis quaestio als Vorbedingung des eigentlichen petitum mit in den Proceß, und wenn auch außerdem es möglich ist, daß gar nicht in solcher mittelbaren Weise, sondern direct und allein die proprietatis quaestio beim Interdict in Betracht kommt [2]), so sind doch das Alles nur ganz singuläre Fälle, die sich freilich selbst sehr gut erklären lassen, die aber nicht zu einer ausdehnenden Argumentirung auf andere Fälle passen. Daß die Römer selbst sie als reine Singularitäten ansehen, geht klar daraus hervor, daß der Prätor speciell im Edicte auf diesen ihren Charakter aufmerksam macht [3]). Aber darin liegt denn auch, daß, wo wir bei anderen Interdicten dies nicht finden, wir nicht daran denken können, das von ihnen umfaßte Rechts-

---

1) Ulpian nimmt es (fr. 3. §. 13 de itin. actuque) als etwas sich von selbst Verstehendes an, daß die Forderung auf Refection nur aus dem jus servitutis hervorgehe. Hoc interdicto is demum uti potest, qui hoc anno usus est, et jus sibi esse reficiendi docet. Jus autem esse videtur reficiendi ei, cui servitus debetur. — Es kann gefragt werden, weßhalb hier wegen der Refection überhaupt ein Interdict bestehe, da ja die petitorische vindicatio servitutis ausreiche. Auch darüber giebt uns Ulpian Aufschluß. Das Int. de it. actuq. priv. reficiendo geht nicht bloß auf Refection, sondern ist zugleich Besitzesklage, es geht darauf, daß man gerade nach der Refection, commode uti possit itinere vel actu. (fr. 3. §. 12. eod.) Eben deßhalb ist ein doppelter Beweis nöthig. Itaque qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere, et hoc anno se usum, et ei servitutem competere, ceterum si desit alterutrum, deficit interdictum. — Also dies Interdict ist stets zugleich das gewöhnliche Interdict de itinere actuque privato.

2) Hieher gehört ein anderes Interdict, welches proprietatis quaestionem enthält, de aqua ex castello. (fr. 1. §. 38 u. ff. de aqua quot. et aest.) dessen Natur sich leicht erklärt. Es ist ein lediglich vom princeps zu ertheilendes Recht an einer aqua publica. Hier kann also auch kein judex entscheiden, es muß eben so wie bei öffentlichen Flüssen u. dergl. ganz und gar dem Prätor anheimfallen. Auch dies ist ein Interdict, was erst in der Kaiserzeit aufgekommen sein kann.

3) Fr. 3. §. 11. de itinere actuq. priv. — „ut tibi jus est." Fr. 1. §. 38. de aqua quot. — „cui ejus rei jus fuit."

verhältniß an Sachen erstrecke sich weiter, als auf die **possessionis quaestio.**

Damit sind wir gerade zu dem entgegengesetzten Resultate gelangt, als worauf wir jene andere Ansicht über die Interdicte kommen sahen, derzufolge dieselben die früheren Rechtsmittel wären, welche sich von den später aufgekommenen petitorischen Klagen nur durch besondere Vortheile des Verfahrens unterschieden hätten. Nach unserer Auffassung kann allerdings der Sponsionenproceß noch als eine besondere außerordentliche [4]) Verfahrensart angesehen werden, da er der **extraordinaria cognitio** sehr nahe stand, dagegen bei der **formula arbitraria** ist gar kein materieller Unterschied mehr vorhanden [5]). Und doch ist sie es gerade, welche der Beklagte sich in allen den Fällen, an die man hier meistens denkt, erbitten konnte, nämlich beim **Interdictum quor. bon., Salvianum** und **frau-**

---

4) Man wird dies für keinen Widerspruch mit der §. 54. Note 9. angeführten Stelle halten.

5) Daß man den Sponsionenproceß nach Art unseres Mandatsprocesses auffasse, ist deßhalb nicht möglich, weil dessen Eigenthümlichkeit, Erlassung eines Urtheils auf einseitigen Antrag bei den Interdicten nicht vorkommt. — Ob man aber überhaupt die Interdicte als summarische Rechtsmittel ansehen dürfe, diese Frage würde nur dann fruchtbringend sein, wenn wir es als das Princip des Interdictenprocesses aufstellen dürften, er sei um der rascheren Beendigung der Sachen willen eingeführt. Dies aber scheint durch die gegebene Entwicklung genügend widerlegt, und wenn man daher auch im Sponsionenproceß bisweilen schneller zu Ende kam, und das Beweisverfahren sparte (wenn nämlich der Bekl. gleich gehorchte), so ist doch darauf kein solches Gewicht zu legen, weil gar nicht um dieser Ersparung willen, sondern aus einem ganz anderen Principe diese Gestalt des Interdictenprocesses zu erklären ist. Der Römische Proceß war überhaupt ein so rascher, daß man gar nicht daran denken konnte, eigene Proceßarten, um noch rascher zu verfahren, einzuführen. Gerade weil die Gestaltung des Interdictenverfahrens ganz unabhängig von diesem Gedanken ist, so erklärt sich, daß der Sponsionenproceß, wie oben bemerkt wurde, oft eine Verweitläuftigung der Sache enthalten konnte. (S. 344 unten.)

datorium, so daß also auch gar kein formeller Unterschied mehr zwischen ihnen und der **her. pet.**, **Serviana** und **Pauliana actio** bestände. Wie aber soll denn das fernere Nebeneinanderbestehen beider Rechtsmittel erklärt werden?

Ebensowenig ist jener andere vielfach geäußerte Gedanke haltbar, wonach den Interdicten nur eine Bescheinigung, kein strenges Beweisverfahren zum Grunde gelegen habe, wonach also ein bedeutender Unterschied zwischen ihnen und den etwa dasselbe Verhältniß betreffenden **actiones** bestehe. Die früheren Gründe, auf die man sich hiefür gestützt hat, sind schon von Anderen zu genügend widerlegt, als daß hier noch weiter darauf eingegangen zu werden brauchte. In neuerer Zeit ist derselbe Gedanke wieder in anderer Weise vorgetragen [6]), da indeß dies mit specieller Beziehung auf das **Int. quor. bon.** versucht worden, so kann dessen Widerlegung erst später erfolgen.

d) Verhältniß der adipiscendae possessionis interdicta zum petitorium.

§. 57. Daß die **retinendae** und **recuperandae possessionis Interdicta** sich lediglich auf die **possessio** beziehen, ist keinem Zweifel unterworfen. Es ist oben sogar als das Princip der ganzen Lehre von der **possessio** entwickelt worden, daß man hier ein Rechtsverhältniß, durchaus getrennt von der **proprietatis quaestio**, constituiren wollte, dessen Erforderniß deßhalb außer dem **corpus** nothwendig der **animus domini** sein mußte (s. §. 35.). Es ist nun jedenfalls zuzugestehen, daß zu den Klagen, die zum Schutze dieses Rechtsverhältnisses der **possessio** dienen, nur jene **recuperandae** und **retinendae poss. int.** gehören, denn was zum Schutze von Etwas gereichen soll, setzt das jetzige oder frühere Bestehen desselben voraus, und gerade darauf stützen sich die genannten Interdicte. Es ist daher auch Nichts im Geringsten dagegen einzuwenden, wenn man dieselben mit dem Namen der possessorischen im engern Sinne bezeichnen will, sobald man nur bevorwor-

---

6) Mayer Erbrecht I. S. 404 ff.

tet, daß man damit die Klagen zum Schutze des Besitzes meine [1]).

Aber ist daraus nun zu folgern, daß die **Interdicta adipiscendae possessionis** deßhalb gar nicht in die Lehre von der possessio gehören? Freilich wird niemand daran denken, sie, die in so verschiedenartige andere Lehren eingreifen, äußerlich im Systeme bei der Lehre vom Besitz zusammenzustellen, aber eine andere Frage ist, ob nicht auch diese Interdicte mit jenen anderen in einem inneren Zusammenhange stehen, welcher darin liegt, daß in allen diesen Processen es sich lediglich **de possessione** handelt?

Bekanntlich hat Savigny die entschiedene Ansicht ausgesprochen, daß die **adipiscendae possesionis** mit den possessorischen im engern Sinne nichts gemein hätten, ja noch mehr, sie hätten selbst unter sich nichts gemein, wie sich leicht durch eine Aufzählung derselben zeigen lasse, und schon daraus erhelle, daß sie an so verschiedenen Stellen der Quellen abgehandelt worden [2]). Viele andere Schriftsteller sind ihm darin gefolgt; und so haben wir denn eine genaue Prüfung der Gründe vorzunehmen, auf welche sich diese, wie mir scheint, nicht richtige Ansicht stützt.

Savigny beginnt mit folgender Argumentation. Ebenso wie die **rei vindicatio** die Klage sei, welche sich auf das Eigenthum des Klägers, die **actio emti**, die, welche sich auf die **emtio** stütze, so müßten possessorische Klagen sein, welche sich auf den Besitz des Klägers gründeten. Bei den **recuper.** und **retinendae poss. int.** sei dies nun allerdings der Fall, nicht aber bei den **adipisc.**, und da diese weder auf die Fiction eines schon beim Kläger vorhandenen Besitzes, noch einer Fortsetzung des Besitzes einer anderen Person durch den Kläger gebaut werden könnten, so folge, daß die **adipiscendae** mit jenem Begriff der possessorischen Klagen auf keine Weise in Verbindung ständen.

1) Das geschieht denn auch mit völliger Bestimmtheit von Savigny. Besitz S. 458.

2) Besitz. (6. Aufl.) S. 452 ff.

Indessen folgt dies wirklich aus jener Voraussetzung? Daß die adipiscendae poss. int. allerdings nicht unter die Klagen zum Schutze eines bestehenden oder als bestehend fingirten[3]) Besitzes, also unter die possessorischen Klagen im engeren Sinne gehören, giebt Jedermann zu. Aber es giebt doch auch Klagen auf Uebertragung des Eigenthums, die wir freilich keine Eigenthumsklagen nennen, die aber doch in die Frage vom Eigenthum eingreifen, indem durch sie entstehen soll, was dann ferner durch rei vindicatio geschützt werden kann. Also eine Verbindung zwischen diesen beiden Klagarten (den vindicationes und condictiones) kann doch nicht geläugnet werden, woraus sich erklärt, daß aus besonderen Gründen beide in ein Rechtsmittel zusammenfließen können, das dann also zugleich recuperandi (oder wenn man will, retinendi) und zugleich adipiscendi dominii ist[4]). Ebenso kann man nun auch die adipiscendae poss. int. als reinen Entstehungsgrund des Rechtsverhältnisses auffassen, dessen weiterer Schutz dann den possessorischen Klagen im engern Sinne zufällt. Darin liegt, daß beide Arten der Rechtsmittel freilich nicht auf dieselbe Weise begründet werden, daß aber der Inhalt beider Processe sich lediglich auf dasselbe Rechtsverhältniß, die possessio, bezieht, wodurch denn doch der Begriff des einen mit dem des anderen in eine wahre Verbindung tritt.

Gegen diese Fassung des Satzes kann nun auch der folgende von Savigny aufgestellte Grund nicht eingewandt werden. „Es ließen sich nämlich allerdings die adipiscendae poss. int. mit den recup. und retinendae äußerlich zusammenstellen, als Klagen, welche den Besitz zum Zweck haben. Allein eine solche Bestimmung sei so gut als gar keine, da der Besitz bei den meisten Klagen vorkommen und nicht vorkommen könne, was offenbar ganz zufällig sei. Ebensogut könnten dann also die actio pignoratitia, emti, locati, und unzählige andere Klagen zu den possessorischen Klagen gerechnet werden.“ Allerdings kommt bei einer Reihe von actiones das restituere

3) Fr. 17. pr. de acq. vel am. poss.
4) §. 14. J. de actionib.

der possessio in Betracht, aber nicht direct und allein, sondern als Folge eines anderen Rechtsverhältnisses, dessen Entscheidung der eigentliche Gegenstand des Processes ist. Das Criterium, woraus man dies erkennt, ist, daß nachdem man mit diesen Klagen die Sache erhalten hat, man, sobald sie von Neuem hinwegkommt, sie immer wieder mit wahren actiones verfolgen kann (pignoraticia act., Publiciana, rei vindicatio etc.) Dem lassen sich Processe gegenüberstellen, deren Inhalt nur die possessio ist, wo dieselbe ganz abgesehen von allem durch eine actio geschützten Rechte, Gegenstand der Erlangung ist; welche sich rein aus Rücksichten erklären, die der Prätor über Regulierung des Besitzstandes aufstellt; aus denen für ferneres Behalten der Sache nur die retinendae und recuperandae possessionis interdicta hervorgehen. Solche Rechtsmittel sind doch wahrlich nichts Undenkbares, und wenn nun die Römer jene drei Arten der Interdicta possessionis immer zusammenstellen, so ist daraus von vorn herein zu vermuthen, nicht daß diese Zusammenstellung gar Nichts zu bedeuten habe, (das würden ja doch die Römischen Juristen auch eingesehen haben) sondern daß sie gerade diese Processe als lediglich von der possessio handelnde scharf trennen wollten von denen, wo die possessio nur die mittelbare Folge eines Actionenrechtes ist. —

Ein fernerer von Savigny ausgeführter Grund wird als der entscheidendste hervorgehoben. Er ist auf die bekannte Ansicht gebaut, daß die possessorischen Interdicte im engeren Sinne sich auf Delicte stützen; der Prätor hätte hier also auch eine actio (z. B. eine actio de vi) geben können, da die Anordnung eines Interdictes statt einer actio nicht bloß für uns völlig unbedeutend, sondern auch nach der Ansicht der Römer zufällig war, d. h. die Natur des Klagrechtes selbst nicht afficirt. Wenn wir nun aber solche actiones fänden, so würde Niemand darauf kommen können, sie mit den adip. poss. Int. in eine Klasse zu setzen. — Allein einestheils ist jene allgemeine Charakteristik der possessorischen Interdicte als Delictsklagen vielfach bezweifelt worden, und auch wir können nach der im §. 35. gegebenen freilich nur kurzen Darstellung uns nicht zu derselben bekennen, — anderntheils aber haben wir,

auch wenn wir jenes zugäben, was jedenfalls für einige possessorische Interdicte feststeht, dennoch der daraus gemachten Schlußfolgerung unsere obige Entwicklung der Interdictensachen entgegenzusetzen. Wenn auch die Besitzesstörung den Charakter eines Delicts hat, so kann sie doch nicht, soweit sie eben den Besitzesschutz hervorrufen soll, Grund einer actio werden, sondern da sie ein Verhältniß betrifft, das direct unter der Prätorischen Aufsicht stehen muß, so ist die Ertheilung des Interdicts keineswegs für zufällig zu halten. Und da wir nun in Beziehung auf das adipisci der possessio Interdicte vorfinden, so muß uns das gerade ein Grund sein, auch bei allen diesen Processen nicht eine Zufälligkeit, sondern eine Gemeinsamkeit der darin verhandelten Rechtssachen anzunehmen. — Dieses Resultat wird entschieden durch den Umstand bestätigt, daß wir in dem bekannten neu entdeckten Fragmente Ulpians, Interdicte haben kennen lernen, welche sowohl recuperandae als adipiscendae possessionis sind [5]). Ist es, das läßt sich nun wohl fragen, anders möglich, als daß ein und dasselbe Rechtsgebiet alle interdicta possessionis umfasse, wenn wir so in einem und demselben Rechtsmittel zwei verschieden begründete Ansprüche auf dieselbe possessio combinirt finden? — Savigny ist dadurch in der That veranlaßt worden, seine frühere Ansicht, als hätten auch die Römer die adipisc. poss. int. aus den possessorischen ganz auszuscheiden, aufzugeben (er nennt sie selbst ein gewaltsames Verfahren), indeß behält er, wie mir scheint, doch noch zuviel davon zurück, als daß es mit der neuen Nachricht vereint werden könnte. Er giebt zu, daß bei diesen duplicia interdicta nicht von einer besonders gestalteten (delictartigen) Verletzung der possessio, sondern lediglich von einer unerfüllten Verpflichtung im Processe die Rede sei. Muß man nicht, statt den Römern Schuld zu geben, sie hätten sich nicht in den Gränzen des Begriffs

---

5) Das Int. quem fundum und quam hereditatem (Rudorff. Zeitschr. f. gesch. R. W. IX. № 2. S. außerdem Hugo in den G. G. A. 1836. S. 89 ff. — Diesen Interdicten steht noch gleich das Int. quem usumfructum. Vat. Fr. §. 92. 93. (s. oben §. 37. Note 11).

der possessorischen Interdicte gehalten 6), ehr darauf kommen, daß eben dieser Begriff weiter gewesen sei, daß er nicht eine

6) Diesen Gedanken Savigny's hat Rudorff a. a. O. S. 11 noch in eigenthümlicher Weise weiter ausgeführt. Er stellt den Satz auf, das Interdict quem fundum entspringe aus einer bloßen Detention, und setze freilich eine possessio als Klaggrund voraus, aber keinen juristischen Besitz, sondern nur eine possessio im allgemeineren Sinn, eine prätorische Mission. Es sei nur zufällig, daß unsere bisherigen Quellen gerade bloß possessorische Interdicte als Beispiele der int. recuper. poss. anführten — Weitere Beweisgründe werden hiefür nicht angegeben; und es scheint mir durch Folgendes widerlegt zu werden.

Es däucht mir unmöglich, daß die Römer, die so genau in der Terminologie das induci (oder mitti) in possessionem und das restituere der possessio unterscheiden, die auch ausdrücklich einen materiellen Unterschied zwischen beiden hervorheben, (fr. 52. §. 2. de acq. vel am. poss.) daß sie ein Interdict hätten recuperandae et adipiscendae possessionis (also auf restitutio possessionis) nennen können, wenn es auf missio in possessionem gegangen wäre. Sie hätten dann auch das Interdict ne vis fiat ei qui in poss. als ein solches adipiscendae und recuperandae poss. Int. bezeichnen müssen, wovon doch nicht die geringste Spur ist. Und ferner, weßhalb soll man bei der Translation der poss. noch so genau die vielen Fälle, wo missio in poss. ertheilt wurde (Rudorff S. 48 u. ff.) unterschieden haben, wenn jene Interdicte ebenfalls eine Prätorische Mission enthielten. (So ist namentlich noch genau zu unterscheiden zwischen fr. 80. de rei vind. und fr. 20. §. 1. de interr. in jure, was von Rudorff nicht geschieht).

Mir scheinen die Int. quem fundum etc. als vorherrschend adipiscendae poss. aufgefaßt werden zu müssen. Da die translatio gar nicht auf dem Grunde des früheren Besitzes, sondern der verweigerten Caution ruht. Jedenfalls aber wird man, wenn z. B. ein Miether die Sache restituirt, und dann die rei vind. anstellt, das dabei vorkommende Interdict, nicht recuperandae possessionis haben nennen können! Die l. un. C. uti poss. gewährt uns den Schlüssel, wann man sie überhaupt recuperandae genannt hat. Wenn nämlich der mit der rei vind. Auftretende, auf den nun die possessio transferirt wird, vorher in possessorio besiegt war, so konnte man das leicht ein recuperare der possessio nennen, obgleich es streng juristisch immer doch ein adipisci ist, da der frühere Besitz nicht Grund der Uebertragung sein kann. Nannte man doch auch das Int. uti poss. in den Fällen retinendae, wo es streng genommen, durchaus recuperandae ist. (fr. 1. §. 9. uti poss.)

delictartige Verletzung vorausgesetzt habe? Und wenn nun das Resultat gezogen wird, daß die Römischen drei Klassen mit dem wahren Begriff der possessorischen Interdicte in gar keiner Verbindung ständen, daß sie überhaupt wissenschaftlich unbrauchbar seien, muß man da nicht den Gedanken einiger noch übriggebliebener „Gewaltsamkeit“ fassen, da wir doch ehr an der Richtigkeit unserer eigenen Ansichten zweifeln, als die Römischen Juristen der Unwissenschaftlichkeit zu zeihen haben? — Der Schluß, den wir aus dem Gesagten wohl ziehen dürfen, ist, daß die Römische Zusammenstellung der drei Arten von **possessionis interdicta** und das Ineinanderfließen derselben in einzelnen Fällen, uns auch ehr wir die verschiedenen Interdicte speciell ins Auge fassen, zu der Ansicht führen muß, es habe sich in allen diesen Processen lediglich **de possessione** gehandelt.

Indessen tritt hier gleich ein anderer Gegner uns in den Weg. Huschke muß mit seiner Grundansicht über die Interdicte nothwendig zu anderen Resultaten gelangen, als die unsrigen sind. Er sagt (Studien I. S. 385 ff.): „Der Zweck der Interdicte ist, factische Zustände in solchen Fällen, die der Prätor seiner Intervention für würdig hält, zu reguliren; der Zweck der Actionen, Rechte, welche nicht anerkannt werden, durchzusetzen. — Sehr voreilig aber würde es sein, wenn man hieraus schließen wollte, daß die Voraussetzungen der Interdicte durchaus etwas Factisches, und umgekehrt die der Klagen nothwendig ein vorhandenes Recht sein müßten.“ Obgleich er nun anerkennt, daß „wenn die Voraussetzung des Interdicts ein Recht ist, dies nur als eine factische Voraussetzung betrachtet werde,“ so schließt er dennoch, weil die Voraussetzung des Interdicts ein Recht sei, so werde natürlich im Interdict auch über das Recht entschieden, also stehe der später angestellten **in rem actio** die **rei jud. exc.** entgegen. Dies sucht er nun durch das **Int. de itinere reficiendo** zu rechtfertigen, indem überhaupt, wo nicht bloß ein alter factischer Zustand aufrecht erhalten werden, sondern ein neuer eintreten solle, der Prätor in der Regel ein Recht erfordere. So sei es denn namentlich bei den **adip. poss. interdicta**.

Dem ist nun einestheils das oben (§. 56. Note 1) Ge-

sagte entgegenzuhalten, wonach das Int. de itinere reficiendo nur aus einem ganz besonderen Grunde ein Interdict ist, indem, wenn es bloß auf Refection ginge (um derentwillen das jus bewiesen werden muß) es eine reine actio sein würde; weßhalb es denn als Analogie für die Int. adipisc. poss. gar nicht benutzt werden kann. Anderntheils können Huschke gleich jene Interdicte quem fundum und quam hereditatem entgegengehalten werden, die doch wahres adipisci der possessio enthalten können, und denen alle Einmischung des jus fremd ist, weil darüber gerade noch ferner processirt werden soll. Während jenes Interdict de itin. ref. sich entschieden als Singularität nachweisen läßt, und ja überhaupt nicht adipisc. poss. ist, so daß für die Natur dieser Letzteren nichts daraus entnommen werden darf, so mögte umgekehrt der Beweis wohl nicht leicht zu führen sein, daß was bei dem Int. quem fundum und quam hered. gilt, nicht auch für die übrigen adipisc. poss. interd. anzunehmen sei. — Ueberhaupt aber müssen wir nach unserer obigen Erörterung läugnen, daß die Interdicte Schutzmittel für factische Zustände in jenem Huschke'schen Sinne seien, d. h. für Zustände, welche man nicht als Rechte anerkennt. Jene Menge von Interdicten, die schon auf dem Civilrecht ruhen, betreffen wahre Rechte, und dasselbe gilt für die erst vom Prätor neu eingeführten Institute, aber es sind Rechte, über die kein judex entscheiden kann. Dem Prätor kann es nicht einfallen, nun noch hineinzuziehen, was in der That einem judex überlassen werden darf, und also wenn er de possessione entscheiden will, muß von einem Fall die Rede gewesen sein, wo über das materielle Recht entweder gar nicht, oder noch nicht entschieden, wo die Forderung auf die possessio nicht als mittelbare Folge des wahren dinglichen Rechtes aufgefaßt werden kann. Wo Letzteres möglich ist, wäre es eine Thorheit gewesen, noch ein eigenes Int. adipisc. poss. zu geben, da, wie wir gesehen haben, an ein processualisch rascheres Verfahren nicht zu denken ist. Aber weßhalb soll nicht, ebensogut wie die recuperandae und retinendae poss. Interd. proponirt sind, ut separata sit quaestio dominii a possessione, der Prätor, der sich die Regulirung der Besitzeszustände angelegen sein läßt, bisweilen auch das adi-

pisci der possessio haben anordnen können, da wo die eigentlich dingliche Klage gar nicht oder aus besonderen Gründen noch nicht eintreten darf. — Die Unerklärlichkeit, daß wo eine dingliche Klage besteht, daneben noch ein Interdict mit demselben Zwecke sollte vorhanden sein, wo wir doch einen processualischen Unterschied nicht finden können, muß uns mit Nothwendigkeit darauf führen, daß auch hier separata quaestio proprietatis sein sollte, indem der Prätor aus besonderen Voraussetzungen nur de possessione entscheiden wollte. Diese Voraussetzungen können den dasselbe Verhältniß betreffenden petitorischen Klagen durchaus ähnlich sein, aber es wird sich immer ein Punkt herausstellen, weßhalb nicht über das definitive Recht sondern nur de possessione entschieden werden und also jenes doch unmöglich die in Voraus zu beweisende Bedingung für die letztere sein kann. Wir müßten dies annehmen, auch wenn wir nicht im Stande wären wegen Mangels an Quellen jedes Interdict von der nahe stehenden petitorischen Klage zu unterscheiden, und nicht hieraus umgekehrt einen Grund hernehmen wollen, daß doch wohl in einer processualischen Verschiedenheit der Grund zur Aufstellung von zwei Rechtsmitteln mit demselben Zwecke läge.

Indessen sind wir auch noch keineswegs auf dem Punkte, an der Erklärung aller einzelnen Int. adipiscendae poss. verzweifeln zu brauchen. Einestheils ist eine solche oben für das fraudatorium interdictum im Verhältniß zur Pauliana actio, was freilich nur theilweise hieher gehört, gegeben worden. — Die Bedeutung der Int. quem fundum und quam hereditatem ist leicht zu verstehen, indem gerade, so lange über das dingliche Recht noch nicht entschieden werden kann, (der Proceß hierüber hat seinen gewöhnlichen Fortgang) die Frage de possessione bereits abgesondert zur Sprache kommen soll. — Ebenso klar ist das Int. quod legatorum. Es regulirt die Besitzesverhältnisse zwischen dem Legatar und Erben, und ist darauf gestützt, daß der Legatar sich eigenmächtig die legirten Sachen genommen habe. Deßhalb soll er erst die possessio herausgeben und dann mit der petitorischen Klage auftreten [7]).

---

7) Fr. 1. §. 2. quod legator. — Et continet hanc causam, ut,

Ebenso wie nun vom Legatar keine petitorischen Gründe in diesem Interdictenprocesse vorgebracht werden können, so ist dies auch von Seiten des Erben nicht möglich. Denn er fordert ja etwas, was gar nicht ihm, sondern dem Legatar gehört [8]), und es ist die Voraussetzung des Interdictes, daß seine Erbenqualität ihm vom Legatar gar nicht bestritten wird. Ist nämlich Letzteres der Fall, so muß gegen den Besitzergreifer die her. pet. angestellt werden [9]), und so kann also von keiner Seite das Interdict aus den Gränzen eines reinen Processes de possessione herausgezogen werden. — Hier ist es so recht klar, daß eine Klage über die possessio nur gegeben wird, wo petitorische Klagen nicht vorhanden sind, und daß da wo dingliche Klagen zustehen, nicht an ein Int. adipisc. poss. gedacht werden kann; weßhalb hätte man sonst nicht auch dem Legatar auf Erlangung der legirten Sache ein solches gegeben? — Hiernach bleiben nur noch als Zweifel erregend übrig das Salvianum und quor. bon. Interdictum [10]), welche denn ei-

---

quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi. Etenim aequissimum Praetori visum est, unumquemque non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis, sed ab herede petere. Redigit igitur ad heredes per hoc interdictum ea, quae legatorum nomine possidentur, ut perinde legatarii possint eum convenire.

8) Fr. 80. de legat. II. — „nunquam factum heredis."

9) Fr. 1. §. 4. quod legator. — Quia autem nonnunquam incertum est, utrum quis pro legato, an pro herede vel pro possessore possideat, bellissime Arrianus scribit, hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut sive quis pro herede vel pro possessore possideat, petitione hereditatis teneatur, sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur, quemadmodum solemus facere, quoties incertum est, quae potius actio teneat; nam duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingat.

10) Es wird allgemein anerkannt, daß das Int. sectorium und possessorium (Gai. IV. 145. 146.) dem quorum bonorum ganz analog sind, daß also was von diesem gilt, auch von jenen angenommen werden muß. — Außerdem finden wir noch ein Int. adip. poss. (quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto) von dem die Gegner (Savigny Bes. S. 592. Huschke a. a. O.

ner specielleren Untersuchung zu unterwerfen sind. Vorher ist noch eine Stelle zu interpretiren, die mir den hier ausgeführten allgemeinen Charakter der adipiscendae poss. interdicta vollkommen zu bestätigen scheint. Es ist fr. 2. §. 1. bis 3. de Interd.; in welcher Paulus eine allgemeine Charakteristik und Classification sämmtlicher Interdicte aufstellt. Er macht folgende Rubriken:

Interdicta competunt:

1) vel divini juris causa aut de religione (worunter aufgezählt werden: ne quid in loco sacro fiat, de mortuo inferendo, de sepulcro aedificando),

2) vel hominum causa:

a. vel ad publicam utilitatem pertinentia
b. vel sui juris tuendi causa
c. vel officii tuendi causa
d. vel rei familiaris.

Unter a werden gerechnet die Interdicte über die via publica und de flumine publico; unter b de liberis exhibendis und de liberto exhibendo; unter c de homine libero exhibendo; und dann heißt es reliqua interdicta rei familiaris causa dantur. Indeß ist das nur so zu verstehen, daß bei den Nummern a—c bloß einzelne Beispiele genannt sind, zu denen man leicht die übrigen dahingehörigen suppliren kann, wie z. E. bei b das Int. de uxore exhibenda; während unter den Interdicta rei familiaris nur die Interdicta possessionis verstanden werden, denn Paulus sagt nachher ausdrücklich: haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant, aut adipiscendae sunt possessionis, aut recuperandae aut retinendae.

Unter dieses System der gesammten Interdicte will nun Paulus eine Eigenheit gewisser Interdicte einschieben, welche

S. 388. Note 60) ausdrücklich zugeben, daß es lediglich de possessione handele. Aber es sei eine Ausnahme von der Regel. Jedenfalls haben wir nun schon drei selbständige Ausnahmen (Int. quem fundum, quod legatorum und das hier bemerkte) denen nur noch zwei selbständige Fälle gegenüberstehen, bei denen die Regel, wenn sie überhaupt wahr wäre, eintreten könnte.

nämlich rei persecutionem (oder proprietatis causam) enthielten. Er thut dies mit folgenden Worten:

Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato[11]), nam proprietatis causam continet hoc interdictum. Sed et illa interdicta, quae de locis sacris et de religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent; item illa de liberis exhibendis[12]), quae sui juris tuendi causa diximus competere, ut non sit mirum, si quae[13]) interdicta ad rem familiarem pertinent, proprietatis non possessionis causam habeant.

Diese hervorgehobenen Endworte, deren Bedeutung jedenfalls bisher nicht genug beachtet worden ist, können in dreierlei Weise verstanden werden.

1) Wenn man in den Worten ut non sit mirum das ut mit „so daß“ übersetzt, und es als Folgerung aus dem vorhergehenden Satze: quae sui juris tuendi causa diximus competere ansieht, so kommt folgender Sinn heraus: „Ich habe für die Interdicte de lib. exh. etc. eine eigene Rubrik (sui jur. tuendi caus.) gemacht, so daß man sich nicht wundern kann, daß auch einige von den ad rem familiarem spectantia proprietatis, non possessionis causam enthalten.“ Indeß wäre dies eigentlich so gut wie gar kein

11) Hier ist hinzuzudenken reficiendo; was wohl heutzutage Niemand bezweifeln wird. S. Huschke Studien I. S. 387 Note 58.

12) Offenbar ist hier ein „etc.“ hinzuzudenken, weil Paulus: „illa“ sagt; also auch das vorhergenannte de liberto exhibendo und das auf gleicher Stufe stehende de uxore exhibenda (et ducenda). Paulus zählt sie unter die proprietatis causam continentia, weil hier das Familienrecht selbst bewiesen werden muß. Fr. 3. §. 1. de lib. exh. „in quos habet jus ductionis.“

13) Eine Veränderung der Lesart, die Huschke a. a. O. S. 387 Note 58.) vorschlägt, scheint mir nicht nothwendig. Diese Art der Zusammenziehung für: si ea interdicta, quae . . . oder si quae interdicta eorum quae . . . kommt ja häufig vor. Der Sinn wird übrigens auch durch die von Huschke vorgeschlagenen Lesarten deren eine die Haloandrische ist, nicht verändert.

Sinn. Wie kann Paulus so unlogisch sein, daß er aus der Aufstellung der einen Klasse folgerte, es müsse bei der anderen Klasse ebenso sein. Weßhalb sollte er denn nicht das Gleichartige in eine einzige Klasse vereinigt haben? — Dieser Interpretation wird also wohl Niemand anhängen.

2) Man kann die Stelle auch so verstehen, daß man das „ut" ebenfalls mit „so daß" übersetzt, man es aber als eine Folgerung aus den Anfangsworten: **quaedam interdicta rei persecutionem continent** ansieht, wobei die Worte **veluti de itinere** bis **diximus competere** als parenthesenartig eingeschoben zu denken wären. Dann wäre der Sinn des Paulus der: „es giebt einzelne Interdicte, welche **rei persecutionem** „enthalten (und dafür werden nun einzelne Beispiele angeführt), „so daß man sich nicht wundern kann, daß sich diese Eigen„thümlichkeit auch in der Klasse der **ad rem familiarem perti„nentia** wiederfindet." Diese Auffassung, die jedenfalls schon viel besser ist, als die vorhergehende, scheint mir doch aus folgenden Gründen unzulässig.

Es ist nicht wohl anzunehmen, daß Paulus eine so weite Zurückbeziehung des **ut** als einer Folgerung sollte gewollt haben, während er die steife Satzverbindung so leicht hätte ändern können, wenn er mit **diximus competere** die Periode schloß, und mit **quare non est mirum** eine neue begann. — Dann aber würde der Satz: **quae sui juris tuendi causa diximus competere**, aus welchem nach dieser Interpretation das: **ut non sit mirum** die Folgerung nicht sein soll, einen völlig bedeutungslosen Zwischensatz bilden, und es wäre nicht zu begreifen, weßhalb Paulus, der doch keine unnützen Worte zu machen pflegt, hier nochmals wiederholt hätte, was er eben schon gesagt hat. Ebensogut mußte er dann auch bei den **Int. de locis sacris** und **de religiosis** wiederholen: **quae divini juris causa diximus competere**[14]). — Ferner ist die Erklärung

14) Dieser zweite Gegengrund fällt weg, wenn man mit Haloander aus dem Satze: **item illa de liberis exhibendis, quae sui jur. t. c. d. compet.**, die Worte **de liberis exhibendis** herauswirft. Allein ich zweifle, ob dies zulässig sei, da man sich sehr wohl diese Auslassung erklären kann (indem nämlich den Haloander jenes „**il-**

der Art, daß man hinter si etwa ein etiam oder dergl. zu suppliren hätte, indem Paulus sage, man dürfe sich nicht wundern, daß auch die ad rem fam. spect. proprietatis causam enthielten. Dergleichen Supplirungen sind freilich oft nothwendig, aber sie müssen weichen vor den Interpretationen, welche ohne sie die Stelle völlig genügend erklären. — Endlich kann nicht geläugnet werden, daß Paulus hier auf eine gewisse vollständige Aufzählung aller Interdicte, quae proprietatis causam continent ausgeht. Er zieht sogar die de locis sacris und de religiosis hinein, von denen er doch anerkennt, daß sie nur veluti (gleichsam) hieher gehören. Nun aber kann er doch nicht meinen, daß alle Int. adipisc. poss. auch zugleich propriet. caus. enthalten, da wir schon einzelne haben kennen lernen, bei denen dies entschieden nicht der Fall ist, an welche er auch ausdrücklich denkt [15]). Es mußte von besonderem Interesse sein, diejenigen Int. adipis. poss. auszuheben, bei denen dieser eigenthümliche Umstand vorkommt, und während nun die anderen einzeln genannt werden, soll hier Paulus mit der vagen Bemerkung „es giebt deren auch unter den ad rem fam. pertinentia“ sich losgemacht haben! Ja man müßte ihm die Schuld aufbürden, daß er im Folgenden [16])

---

la“ frappirte s. Note 12), während umgekehrt die unrichtige Einschiebung der Worte: de liberis exhibendis wohl Niemandem einfallen konnte.

15) Sunt etiam interdicta, ut diximus, duplicia, tam recuperandae quam adipiscendae possessionis.“ Hier ist also schon angedeutet, was uns jenes Endlichersche Fragment Ulpians deutlicher sagt.

16) §. 3. Haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant, aut adipiscendae sunt possessionis, aut recuperandae, aut retinendae. Adipiscendae possessionis sunt interdicta, quae competunt his, qui ante non sunt nancti possessionem. Sunt autem interdicta adip. poss. quorum bonorum. Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est, et quo itinere venditor usus est, quo minus emtor utatur, vim fieri veto (s. oben Note 10. Paulus, der eben die Wichtigkeit des Unterschiedes, ob die Int. proprietatis causam enthalten oder nicht, hervorgehoben hat, sollte, nachdem er auch eben gesagt hätte, es fänden sich deren bei den adip., doch so verschiedenar-

Alles erst recht wieder durch einander geworfen habe, indem er von den **adipiscendae** ganz ebenso wie von den **recuperandae** und **retinendae** spricht, als wenn allgemein es sich lediglich darin **de possessione** handele.

3) Also auch diese Interpretation [17]) muß verlassen werden; und dann bleibt nur noch **ein** Weg über, welcher mir der richtige zu sein scheint. Danach nehmen wir die Worte **ut non sit mirum** als mit dem letztvorhergehenden Satz in Verbindung stehend an: **quae sui juris tuendi causa diximus competere**; was doch jedenfalls die natürlichste Annahme ist, — übersetzen dann aber das „ut" nicht mit „so daß," sondern durch „damit." Der Sinn ist nun: „Ich habe die Interdicte **de lib. exhib. etc.** unter eine eigene Rubrik abgesondert (**sui jur. tuendi causa**), damit man sich nicht zu wundern habe, wenn man noch wieder unter der Rubrik **ad rem familiarem pertinentia** nicht die **possessionis interdicta**, sondern **proprietatis causam** enthaltende zusammengestellt fände? — Also Paulus deutet an, daß an und für sich die Interdicte **de liber. exh., de liberto exhib.** auch mit unter die Rubrik: **ad rem familiarem pertinentia** gestellt werden könnten, und dieß mußte Jedem gleich vor Augen treten, da es ja gerade die Interdicte für Familienverhältnisse sind. Indessen hält es Paulus für unpassend, dieselben, da sie **proprietatis causam** enthalten, mit anderen, die bloß **de possessione** handeln, unter Eine Klasse zusammenzustellen, weil natürlich diese Verschiedenheit für die ganze Gestaltung derselben von der größten Bedeutung ist.

Eben deßhalb sondert Paulus die **proprietatis causam continentia** ab, und stellt sie unter eine eigene Rubrik, aus deren Fassung schon diese Eigenthümlichkeit sich erklären läßt.

---

tige Rechtsmittel friedlich neben einander stellen können!) **Recuperandae possessionis causa interdicta proponuntur sub rubrica unde vi; aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt. Retinendae possessionis sunt interdicta uti possidetis. Sunt etiam interdicta etc.** (S. Note 15.)

17) Sie findet sich schon in der Glosse.

Sui juris tuendi causa sind gerade diejenigen, bei denen das jus, oder die proprietatis causa in Betracht kommt. Hieraus aber geht nun von selbst hervor, daß Paulus unter den ad rem fam. pertinentia nur diejenigen zusammenstellen will, welche lediglich possessionis, nicht auch proprietatis causam enthalten; und das ists, was er in den Worten sagt, ut non sit mirum, si quae interd. ad rem fam. pertinent, proprietatis non possessionis causam habeant. —

Wir müssen diesen Sinn nothwendig dem Paulus unterlegen, wenn ein gehöriger Zusammenhang in der ganzen Stelle herrschen soll. Paulus sagt zuerst: Reliqua interdicta rei familiaris causa dantur. Wenn er nun im §. 3. gleich die Eintheilung ausführt, daß dies entweder adip. oder recup. oder retinendae poss. interdicta seien, so fehlt offenbar noch ein Zwischengedanke, daß er nämlich unter diesen reliqua interdicta nur die int. possessionis verstehe, ein Gedanke, der sich gar nicht so von selbst verstand. Er ist nun gerade in jenen Worten ut non sit mirum etc. ausgedrückt [18]). Erst so

18) Hiergegen muß, wie mich däucht, das Argument zurücktreten, daß „ut non" nur selten für „ut ne," oder ne vorkomme. (Scheller giebt auch dies gar nicht einmal zu, und meint geradezu, daß das „ut ne," welches sehr häufig und auch von Paulus [z. B. fr. 4. de testib.] gebraucht wird, für „ut non" stehe.) — Wir müssen gar oft zu seltneren Bedeutungen eines Wortes unsere Zuflucht nehmen, um einen völlig genügenden Zusammenhang zu erlangen. Paulus Gedankengang ist der: Er will eine genaue Sonderung der Interdicta proprietatis caus. cont. von denen, welche diese Eigenschaft nicht haben, aufstellen. Unter erstere rechnet er das Int. de it. actuq. ref., welches zugleich possessorisch ist. Aber wir sehen, daß er dessen petitorische Natur als die Hauptsache ansieht, und es ebendeßhalb gar nicht unter die interdicta possessionis oder ad rem familiarem spectantia rechnet. Wer hiervon das Gegentheil annimmt, muß freilich jedenfalls das „ut" mit „so daß" übersetzen, denn dann gäbe es ja gerade ein Interdict, welches ad rem familiarem gehörte und doch reipersecutorisch wäre. Aber dann hätte er ja offenbar gleich bei diesem Int. de it. act. den Satz ut („so daß") non sit mirum, etc.

knüpft sich das Folgende in völlig ungezwungener Weise an, erst so kann es erklärt werden, daß in dieser weiteren Erörterung die adipiscendae [19]) so offenbar als gleichartig mit den recuper. und retin. poss. int. behandelt werden. —

Das aus dieser Stelle gewonnene Resultat ist, sofern man es für richtig erkennt, jedenfalls von der größten Bedeutung. Wir finden hier drei Interd. adipisc. poss. genannt, von denen wir das Eine schon oben (Note 10) als ein lediglich de possessione Handelndes haben kennen lernen. Neben diesem sind gerade das Salvianum und quor. bon. Int. erwähnt, die beiden, von denen es nach unserer bisherigen Darstellung nur noch zweifelhaft blieb, ob sie mit den übrigen

---

einschieben müssen. Wie konnte er nun noch vom Int. de locis sacris, de religios. und de lib. exhib. sprechen, um dann erst mit der Folgerung zu Tage zu kommen, daß jenes Int. de it. actuque beweise, es könne unter den ad rem fam. auch proprietatis causam enthaltende geben!

Eben daraus folgt, daß wir „ut" nur durch „damit" übersetzen können, daß Paulus also unter der freilich willkührlichen Bezeichnung ad rem fam. spect. die lediglich possessionis causam enthaltenden verstanden wissen will, daß er mithin unter den proprietatis causam continentia alle zusammenfaßt, bei denen das jus in Betracht kommt, mögen sie nun nebenbei noch auf possessio gehen oder nicht. Daher macht er für diese, wo sie nicht schon unter den Gesichtspunkt des divinum jus fallen, die eigene Rubrik juris tuendi causa, und ich bin überzeugt, wenn man den Paulus gefragt hätte, wohin er denn das Int. de it. actuque ref. zähle, so würde er geantwortet haben: es liege ja schon in den Worten sui juris tuendi c., was gleichbedeutend mit propr. caus. cont. sei, daß hierunter jene Int. de itin. ebensogut gehöre, als wie etwa der Fall der aqua ex castello.

19) Paulus definirt noch einmal eigends die adip. poss. interd. als quae competunt his, qui ante non sunt nancti possessionem; also er stellt es nur auf das nancisci der possessio. Das sollte er thun können, wenn hier petitorische Rechtsmittel, von denen er eben gesprochen hat, vorlägen? —

adip. poss. int. gleichen oder verschiedenen Charakters seien. Jetzt können wir auch von ihnen annehmen, daß sie proprietatis causam nicht enthielten, daß aus ihnen also keine rei jud. exc. gegen die Serviana actio und die her. pet. hergenommen werden dürfe. Für beide ist das aber noch weiter im Einzelnen darzulegen, was freilich hier in Beziehung auf das Salvianum interdictum nur in ganz kurzen Zügen geschehen kann.

e) Das Salvianum interdictum.

§. 58. Die bekannte Stelle Marcians (fr. 5. §. 1. de pign.): inter pignus et hypothecam nominis tantum sonus differt kann nur so verstanden werden, daß das dingliche Recht in beiden Fällen durchaus dasselbe ist, demzufolge der Gläubiger, wenn er nicht gehörig befriedigt wird, sich an die obligirte Sache halten darf, indem er sie als Stellvertreter des Schuldners verkauft, und sich aus dem Kaufpreise bezahlt macht [1]. Im Uebrigen kann man nicht läugnen, daß zwischen pignus und Hypothek noch wesentliche Verschiedenheiten bestehen. Namentlich aber folgende:

Wer seinem Schuldner nicht recht traut, wird sich ein Pfandrecht in der Weise bedingen, daß er von Anfang an im Besitz der Sache sei, damit er, sobald die Forderung fällig und nicht getilgt wird, dieselbe sogleich zum Zweck der Veräußerung zur Hand habe. Wer dagegen mehr Vertrauen in seinen Schuldner setzt, wird ihm die Sache im Besitz lassen, und sich nur das dingliche Recht ausbedingen, indem er vom debitor nicht voraussetzt, daß er durch Veräußerungen ihm die Verfolgung der Sache erschweren werde. — Wenn nun feststeht, daß in jenem Falle auch vor der Fälligkeit der Forderung der creditor die Sache mit der pignoratitia in rem actio verfolgen dürfe, weil ihm ja schon der einstweilige Besitz zugesichert worden war, so wird von der anderen Seite heut-

1) Gai. II. 64.

zutage auch vielfach dasselbe für die **hypotheca** angenommen, wenn nämlich ein Interesse des Creditors vorläge, also wenn der debitor ihm durch Veräußerungen die spätere Verfolgung der Sache zu erschweren suche [2]).

Allgemeine Rechtsgrundsätze scheinen mir für diese Ansicht durchaus nicht zu bestehen. Von dem **creditor pignoratitius** kann man sagen: **sibi vigilavit**; da er sich gleich anfangs den Besitz ausmachte, so kann er denselben auch schon vor Fälligkeit der Forderung verlangen; allein der **hypothecarius** hat es sich selbst zu imputiren, daß er sich nur eine **hypotheca** hat bestellen lassen, und so ist auch kein Grund vorhanden, ihm mehr Recht zu gewähren, als er selbst verlangt hat. — Indeß könnte dies im Röm. Rechte durch specielle Disposition anders bestimmt sein, und in dieser Beziehung beruft man sich auf eine einzige Stelle, die mir aber das gerade Gegentheil zu enthalten scheint.

> **Fr. 14. pr. de pignorib. — Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea; et ita Celsus scribit.**

Man nimmt dies Wort **pignora** so, als wenn damit auch die **hypotheca** gemeint sei, was freilich sehr häufig ist, aber doch nie im Allgemeinen präsumirt werden kann, indem erst aus jeder einzelnen Stelle zu entnehmen ist, ob nicht etwa vom Faustpfande (**pignus** im engern Sinne) geredet werde. Wenn nun hier die Worte lauteten: **si interest mea**, so würde allerdings die Ansicht der Gegner bewiesen sein. Indeß es heißt: **quia interest mea**, und man kann doch dem Ulpian nicht den abnormen Gedanken aufbürden, „weil darin ein Vortheil für den **creditor** liege, so könne jede **hypotheca** in ein **pignus** verwandelt werden.“ Von einer besonderen Veranlassung, also dem Streben des **debitor** dem Gläubiger die Sache unzugänglich zu machen, ist ja gar nicht die Rede. Danach läßt

---

2) S. z. B. Mühlenbruchs Cession. S. 526. (3. Aufl.) Pandekten II. §. 316. zu Note 6.

sich die Stelle nur auf das pignus im engern Sinne beziehen und die Anstellbarkeit der hypothecaria kann schon nach jenen allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur von der Fälligkeit der Forderung datirt werden; dies bestätigt sich aber noch durch eine ausdrückliche Stelle (fr. 5. §. 1. quib. mod. pign.), worin es heißt:

> Si paciscatur creditor, ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse [3]).

Die hypothecaria act., von der wir also dieses als feststehend annehmen, ist als quasi Serviana die Ausdehnung eines ganz singulären Falles, durch den die hypotheca als Serviana actio überhaupt erst ins Römische Recht aufgenommen wurde. Wenn nämlich einem Verpachter eines praed. rustic. wegen seines Pachtgeldes die invecta und illata verpfändet worden sind, so ist es freilich sehr natürlich, daß er diese nicht in seinen Besitz bekommen kann, da sie, als das Inventar, dem Pachter durchaus zur Bebauung des Bodens nothwendig sind. Dennoch wird der Pachter gar häufig in der Lage sein, daß er seinem Gläubiger zur Sicherung des Pachtgeldes gar nichts Anderes gewähren kann, und von der anderen Seite ist doch der Fall der Art, daß fast kein äußerlich erkennbarer Unterschied mit dem pignus vorhanden ist. Die invecta und illata sind gerade die Sachen, welche der Pachter zur Bebauung des Grundstücks gebraucht, deren Natur es mit sich bringt, dauernd auf dem Gute zu bleiben und verwandt zu werden, und zwar werden auch nur die darunter verstanden, welche der

---

3) S. ferner l. 10. C. de pignorib. und Nov. 4. c. 2., wonach der Besitzer der Sache sogar zur Personalexcussion berechtigt ist. Vergl. Göschen Vorlesungen II. I. S. 402. Sintenis Pfandrecht. S. 559 f. — Volle Bestätigung gewinnt dies noch dadurch, daß sehr wahrscheinlich die Intentio der Serviana actio so lautete: Si paret rem pignori obligatam, neque solutam esse pecuniam. L. 1. C. si pignoris conventionem. Fr. 13. §. 1. ad Sct. Vellej. fr. 59. pr. ad Sc. Trebell. — Vergl. Francke's civilist. Abhandl. S. 103 ff.

Wille des dominus dazu bestimmt, ut perpetuo ibi sint [4]). — Also es befinden sich diese Sachen freilich nicht im Besitz des Gläubigers, aber sie befinden sich doch dauernd auf einer Sache, die im Besitze des Gläubigers steht, und so findet an ihnen selbst, gleichsam als Accession des Grundstücks, ein durchaus besitzähnliches Verhältniß statt. Dies beweist sich einestheils aus dem ganz analogen Rechte des Vermiethers, der an den inv. et ill. ein Retentionsrecht hat, das doch zu seiner Begründung wenigstens ein besitzähnliches Verhältniß voraussetzt. Anderntheils geht es aus der feststehenden Römischen Terminologie hervor, daß diese Sachen „pignoris nomine illata" seien, also gleichsam als wenn sie Faustpfänder des Gläubigers wären [5]), worin zugleich der Grund liegt, daß man auch, als später aus jedem pactum eine Hypothek entstand, hier doch erst, als wenn es einen contractus re voraussetzte, mit der Induction das Pfandverhältniß entstehen ließ [6]).

Für diesen Fall gab nun der Prätor Servius jene Klage, welche dann die Veranlassung zur allgemeinen hypothecaria actio wurde. Mag nun dadurch auch erst, wie Viele glauben, das pignus zu einem dinglichen Rechte erhoben sein, oder mag dies schon früher bestanden haben, so ist doch jedenfalls sicher, daß die Serviana actio als ein Mittelfall durchaus zwischen dem pignus und der hypotheca steht. Sie gehört streng juristisch zur Hypothek, da ein wahrer Besitz des Gläubigers nicht vorhanden ist, aber factisch ist es sehr viel mehr dem pignus gleich, indem der Gläubiger sich an Sachen soll halten dürfen, welche auf der von ihm besessenen Sache dauernd zu bleiben bestimmt sind. Ihrem juristischen Charakter gemäß, können wir nun nicht annehmen, daß die Serviana actio vor Fälligkeit der Pachtforderung angestellt werden dürfe. Aber sollen wir annehmen, daß die Römer auf jenen factischen Cha-

4) Fr. 7. §. 1. in quib. caus. pign. — Videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint, quod magis est.

5) Fr. 1. §. 5. de migr. fr. 1. de Salv. interd.

6) Fr. 11. §. 2. qui potiores.

rakter nicht auch in so weit Gewicht legten, daß sie bereits vor Fälligkeit der Forderung den bestehenden besitzähnlichen Zustand schützten, welcher gleichmäßig dem Willen des Pachters und der Natur der Sachen entspricht?

Bei den in ein **praedium urbanum** invehirten Sachen haben sie jedenfalls diesen Schutz dem Vermiether zuerkannt, indem dieser das schon erwähnte Retentionsrecht hat [7]). Sollten die Römer nun ihr Recht unvollständig gelassen, und während sie dem Vermiether Schutz gewähren, dem Verpachter denselben versagt haben? Das scheint nicht denkbar, da doch der Fall so nahe liegt, daß sie unmöglich ihn ganz vergessen konnten. — Ein Retentionsrecht konnte freilich dem Verpachter nichts helfen, da er nicht sein offenes **praedium rusticum** zu verschließen vermag, wie es der Vermiether seines Hauses kann, um den **debitor** an der Hinwegbringung der **inv. et ill.** zu hindern. Danach mußte ihm freilich ein anderes Rechtsmittel gewährt werden, das aber doch durchaus denselben Grund hat, als das Retentionsrecht des Vermiethers.

Dies, glaube ich, ist das **Salv. Interdictum.** Ebensogut nämlich wie dem Verpachter ein Retentionsrecht nicht helfen kann, hat er auch dadurch keine Sicherheit, daß vielleicht nur der frühere besitzähnliche Zustand wieder hergestellt würde, indem dem Schuldner, nach Wegbringung der Sachen, welche dauernd auf dem Grundstücke bleiben sollten, nicht mehr getraut werden kann, daß er sie nicht in jedem Augenblick wieder wegzubringen versuchen würde. Was ist also natürlicher, als daß hier der Prätor sich interponirt, nicht bloß zur Wiederherstellung des früheren Zustandes, sondern daß er dem Verpachter das Recht der Besitzeserlangung giebt, weil ihm nur dadurch wahre Sicherheit gewährt sein kann.

Wir finden hier eine Lücke im Römischen Recht, von der es merkwürdig wäre, wenn man sie nicht ausgefüllt hätte. Wir finden ferner ein Rechtsmittel, dessen geringe uns aufbewahrte Quellenzeugnisse vollkommen in diese Lücke hineinpassen. Wir finden es in unseren Pandekten neben das **Int. de**

---

7) Fr. 9. in quib. caus. pign. tac.

migrando gestellt, was uns sehr natürlich darauf führt, daß beide auch in einem inneren Zusammenhange gestanden haben mögen. —

Ich muß es mir hier versagen, durchzuführen, wie sehr der angegebene Gedanke mit den einzelnen Aussprüchen der Quellen zusammenstimmt, wie ferner aus einer historischen Entwicklung des Pfandrechts bedeutende Gründe für dessen Richtigkeit entnommen werden können. Das Gesagte mußte hier nur seinen Platz finden um zu zeigen, daß, wenn wir aus den bisherigen allgemeinen Gründen entnehmen, das **Salv. Int.** habe wie alle **adipisc. poss.** nur **de possessione** gehandelt, sich auch wirklich seine von der **Serv. act.** ganz getrennte Gestalt sehr wohl denken lasse. Indem wir nämlich annehmen, daß vor Fälligkeit der Forderung die **Serv. act.** nicht angestellt werden konnte, und daß gerade bis dahin das **Int. Salv.** zustand, so versteht sich von selbst, daß in Letzterem über das Pfandrecht noch nicht entschieden werden konnte. Und in der That scheint mir nach den wiederholten Aeußerungen Julians in **fr. 1. de Salv. Int.** kaum ein Zweifel übrig zu bleiben, daß der Beweis des Klägers im Interdictsproceß nur darauf ging: **rem pignoris nomine inductam esse,** welches, wie wir entschieden sehen, die Römer noch genau von der Frage: **rem pignoris nomine teneri** trennen [8]).

Schließlich möge hier nur noch die Stelle angegeben werden, welche mich auf diese ganze Ansicht zuerst geführt hat. Gaius **IV. 147** sagt:

> **Int. quoque quod appellatur Salvianum apiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.**

Es kann doch jedenfalls die Stelle so verstanden werden, daß das Interdict jetzt schon auf Erlangung der Sachen gehe

---

8) **Fr. 1. §. 5. de migrando. — Proinde etsi aliena sint, et sint talia, quae pignoris nomine teneri non potuerint, pignoris tamen nomine introducta sint, interdicto huic locus erit; quodsi nec pignoris nomine inducta sint, nec retineri poterunt a locatore.**

(utitur), welche erst dereinst, nach Fälligkeit der Forderung ihm als **pignus** dienen werden (**pignori futuras**).

f) Das Quorum bonorum interdictum.

§. 59. Wir können jetzt nach einer längeren Digression zu unserem der p. b. angehörigen Interdicte zurückkehren. Die gegebene Argumentation läßt sich kurz in drei Punkte zusammenfassen:

1) so verschiedenen Lehren auch die **adipiscendae poss. int.** angehören, so ist doch schon aus ihrem Namen anzunehmen, und für alle, außer dem **quor. bon.** mit mehr oder weniger Bestimmtheit nachgewiesen, daß sie nur **de possessione** handeln; und so kann auch für jenes keine Ausnahme anerkannt werden, da unsere Quellen es als durchaus gleichartig mit den übrigen **adipiscendae poss.** zusammenstellen.

2) Ein ausdrückliches Quellenzeugniß haben wir dafür in den Worten des Paulus gefunden, und

3) stimmt dies mit der allgemeinen Theorie der Interdicte überein, welche nur da vorkommen, wo keine **actiones** möglich sind, indem namentlich **adipiscendae possessionis Interdicta** nur da eintreten, wo nicht schon petitorische **actiones** mittelbar auch die Erlangung des Besitzes gewähren, so daß es sich von selbst erklärt, daß es nur lauter singuläre, den verschiedensten Instituten angehörigen Fälle sein können.

So sind wir denn von der Interdictenlehre aus zu denselben Resultaten über das **quorum bon. Int.** gelangt, welche uns in den §§. 49 und 50. die allgemeinen Principien der b. p. gewährten. Diesen Beweisen sind nun noch andere hinzuzufügen, in denen zugleich, was über dieses Interdict noch zu bemerken ist, seine Erwähnung finden wird.

1) Zuerst müssen hier die Worte von Gaius angeführt werden (IV. 144.)

> **Apiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bon. possessori, cujus principium est quorum bonorum, ejusque vis et potestas haec est,**

ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bon. poss. data est, restituatur. pro herede autem possidere videtur, tam is qui heres est, quam is qui putat se heredem esse, pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet. ideo autem adipiscendae possessionis vocatur, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem, itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei interdictum utile esse.

Gaius sagt hier, das Interdict diene dazu, den Besitz der Sachen von dem pro herede possessor zu erlangen, und darunter wird ausdrücklich auch der gerechnet, welcher in Wahrheit heres ist. Also dieser muß die Sachen herausgeben trotz seines Erbrechtes. Wie kann es aber klarer gesagt sein, daß das Int. quor. bon. auf ganz anderer Grundlage ruht, als die her. pet.? Letztere kann bekanntlich gegen einen wahren Erben nicht mit Erfolg angestellt werden, also wenn man bei ihr sagt, sie sei gegen den pro herede possessor gerichtet, so ist damit nur der, qui putat se heredem esse, gemeint [1]). Indem wir nun das Int. quor. bon. auch gegen den qui heres est Erfolg haben sehen, so folgt daraus, daß er sich in dem Interdictenproceß auf sein Erbrecht gar nicht berufen kann, mithin daß es sich hierin lediglich de possessione handeln muß.

Man kann dieser Argumentation auch nicht durch folgende Ausflucht entgehen wollen. Gaius meine hier unter dem qui heres est nur den, gegen welchen die b. p. cum re ist, (also z. B. den scriptus heres gegen den c. t. b. possessor), nicht aber den, welchem gegenüber die b. p. selbst zur sine re wird. Nach unserer obigen Darstellung kann die b. p. nur durch Anstellung der her. pet. zur sine re werden, und diesen Anspruch auf die Beklagtenrolle kann dem b. possessor Nie-

1) Fr. 11. pr. de her. pet.

mand nehmen. Der heres, welcher ihm das Vermögen, (die res) abfordern darf, ist, so lange er die Klage nicht angestellt, durchaus dem gleich zu achten, welcher die her. pet. gegen den b. possessor nicht durchsetzen soll. Also die Pflicht zur Herausgabe der possessio ist beiden dieselbe, wie ja denn auch dem Gaius eine gar arge Undeutlichkeit zu Schulden käme, wenn er ganz allgemein sagte: is qui heres est, und doch nur den heres meinte, der dem b. possessor in der Prätorischen Rangordnung nachsteht 2).

Und was ist nach dem Principe, das der Prätor bei Einführung der b. p. vor Augen hatte, natürlicher, ich möchte sagen selbstverständiger? Man wollte so rasch als möglich einen Repräsentanten der bona haben, der die Creditoren befriedigte, der aber, wenn das möglich sein soll, doch nothwendig auch so schnell es irgend gehen will, das körperliche hinterlassene Vermögen in die Hand bekommen muß, indem er daraus am ersten die Creditoren bezahlt machen kann. Mit Recht also muß ihn der wahre Erbe nicht bei Einforderungen dieser Sachen durch Behauptungen seines Erbrechtes aufhalten dürfen, da hier ja immer eine Nachlässigkeit von seiner Seite vorliegt, indem er nicht die ihm früher angebotene b. p. agnoscirt hat. Daß er dafür, um des Interesses der Creditoren willen, die geringe Strafe der einstweiligen Herausgabe des Besitzes dulde, ist durchaus angemessen. Materiellen Nachtheil kann er ja alsbald durch Anstellung der her. pet. abwenden.

Das ist der Sinn jener bekannten l. 22. Th. C. quorum appellat. (XI. 36). worin es heißt:

> In interdicto quorum bonorum cessat licentia provocandi, ne quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur injuriis tarditatis.

Der Gedanke ist, daß dasjenige, was seiner inneren Natur nach eine rasche Beendigung bezwecke, nun auch äußerlich im Proceßgange nicht aufgehalten werden solle. Also eine

---

2) Daß es im §. 3. J. de Interd. bloß heißt: pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse, kann unmöglich zufällig sein. Indeß ist hier noch nicht der Ort dies weiter zu verfolgen.

Beziehung auf eine schon frühere Summarietät der Interdicte ist nicht allein nicht nöthig, sondern geradezu nicht passend, indem jetzt erst die Summarietät eingeführt wird. Das **Int. quor. bon.**, ist wie die ganze **b. p.**, **beneficio celeritatis** eingeführt worden 3), und gerade deßhalb läßt man es bloß auf die **quaestio possessionis** gerichtet sein, und verweist alle Fragen über das materielle Erbrecht in die Verhandlung über die **her. pet.**

Die Frage über die **possessio** aber wurde freilich vollständig im Interdictenproceß abgehandelt, und man begnügte sich hier keineswegs mit Bescheinigungen, aus denen man wieder die Summarietät hat ableiten wollen 4).

Die Frage freilich, ob überhaupt eine **b. p.** agnoscirt worden sei, kann nicht wohl ein Beweisverfahren vor dem **judex** veranlaßt haben (§. 47. Note 4), denn da ja auch die Beurtheilung, ob die Voraussetzungen zur Agnition einer **b. p.** vorhanden seien, nie einem **judex** überlassen wurde, so ist die Gewährung von Klagen in Folge einer ertheilten **b. p.** im Grunde noch eine und dieselbe Thätigkeit, die denn auch meistens der Ertheilung selbst sehr bald nachgefolgt sein wird 5). Ebenso ist vom Gebiete des Beweisverfahrens vor dem **judex** auszuschließen, was wir früher als die bedingenden Beweise entwickelt haben (s. §. 29 ff.). So z. B. konnte nicht mehr davon die Rede sein, ob das Testament sieben Siegel habe, ob der Erblasser als **civis Romanus** und **suae potestatis** gestorben sei, denn alle diese Punkte waren schon vor der Ertheilung der **b. p.** abgemacht.

---

3) Es ist dies also eine ganz ähnliche Stelle als **fr. 1. pr. de succ. ed.** — **ne bona sine domino diutius jacerent; creditoribus longior mora fieret.** — **ut maturius possint creditores scire.** — **§. 8. J. de b. p.** — **ne actiones creditorum differrentur.**

4) Mayer Erbrecht I. S. 404 ff.

5) So z. B. scheint es mir nicht denkbar, daß bei dem **Int. ne vis fiat ei, qui in poss.** noch erst eine Beweisführung hätte vorkommen können, ob überhaupt eine **missio** ertheilt sei. — Dergleichen gehört zu sehr in die Frage über Zulässigkeit des Interdicts, als daß sie nicht der Prätor selbst hätte beurtheilen müssen. (s. §. 54. Note 9.)

Was dagegen in den Kreis der vernichtenden Beweise schlägt (z. B. Unterschiebung eines Kindes, cap. dim. eines Agnaten, oder das zu erwartende Erscheinen eines postumus (s. §. 33. am Ende) konnte vom Beklagten im Interdictenproceß zur Sprache gebracht werden, indem durch deren Nachweisung die b. p. als non data angesehen wurde. Dem ist gleichzuachten die Behauptung des Bekl., daß ihm bereits eine frühere b. p. gegeben sei, indem dadurch jede weitere, etwa von einem späteren Prätor irrthümlich gewährte b. p. unzulässig wird. Das Alles ist wahrhaft Gegenstand des Beweisverfahrens vor dem judex [6]), aber freilich liegt hier die Beweislast dem Beklagten ob.

Dieser Klasse von Beweispunkten steht die andere gegenüber, welche sich darauf bezieht, daß die eingeforderten Sachen mortis tempore im Besitze des Erblassers gewesen seien, was die nothwendige Voraussetzung ist, damit der Bekl. als pro herede oder pro possessore possessor aufgefaßt werden könne. Hier liegt die Beweislast lediglich dem Kläger ob, wie wohl Niemand bezweifeln wird.

Wir können beide Beweisklassen genau in einem Rescripte des Diocletian (l. 2. C. quor. bon.) wiedererkennen.

> Si ex edicto sororis patruelis intestatae sine liberis defunctae, recte petita bonorum possessione, quaesisti successionem, ac negotium integrum est, — quae cum moreretur ejus fuerunt, secundum interdicti quor. bon. tenorem, ab iis, qui pro herede vel pro possessore possident, dolove malo fecerint, quo magis desierent possidere, tib rector provinciae restitui efficiet.

Die b. p. muß recte petita [7]), oder wie das noch weiter erklärt wird, das negotium muß integrum sein. Und gerade

---

6) Also in dieser Weise kann auch die Frage über Ertheilung einer b. p. darunter gehören. Obgleich es auch möglich ist, daß eine solche Behauptnng einer dem Bekl. schon früher ertheilten b. p. gleich vom Prätor untersucht wurde. Leider lassen uns die Quellen hier gar zu offenes Feld, das wir nun mit Vermuthungen ausfüllen müssen.

7) Die Beziehung des recte auf quaesisti, so daß das Komma vor pe-

diese nochmalige Hervorhebung deutet darauf, daß wohl vom Beklagten Gründe, nach denen die **b. p.** als **non data** erschiene, vorgebracht worden waren. Aus dieser Stelle ableiten zu wollen, daß dem Kläger die Beweislast der **recte petita b. p.** obliege scheint mir durch Nichts begründet, und so dürfen wir bei unserer früheren Argumentation über die vernichtenden Beweise verbleiben. — Als das andere Erforderniß des Interdicts ist angegeben, daß die geforderten Sachen **cum moreretur ejus fuerunt**. Auch hier ist über die Beweislast Nichts gesagt, und eben deßhalb müssen wir sie nach den allgemeinen Regeln auf den Kläger stellen. Indeß darf das nicht so eng gefaßt werden, als wenn nur die Sachen gemeint wären, welche im Eigenthum des Erblassers standen, wie die Worte **ejus fuerunt** zu sagen scheinen. Eine andere Stelle sagt uns ausdrücklich, daß es hier nur auf die **possessio** des Erblassers ankomme, die Frage **de proprietate** aber völlig auszuscheiden sei [8]).

Hiernach sehen wir, daß das Interdict allerdings **celeritatis causa inventum est**, indem man die ganze Verhandlung rein auf die **possessio** concentrirte, aber innerhalb dieser Frage über die **possessio** haben wir doch gar keinen Grund nur an eine Bescheinigung, nicht an eine strenge Beweisführung zu denken. Dies wird auch durch eine bekannte Stelle bestätigt, welche freilich wohl noch anders interpretirt werden muß, als dies bisher geschehen ist [9]).

---

tita zu setzen wäre (Mayer a. a. O. S. 413), scheint mir doch zu gezwungen; die Worte **ac negotium integrum est** erläutern gerade noch weiter das Vorangehende, indem die **b. p. integra (recte petita)** sein muß. — Uebrigens lassen sich die letzteren Worte auch so verstehen, wie man den Ausdruck **res integra** nimmt, indem die Kaiser voraussetzten, daß die **corpora hereditaria** noch vorhanden seien, weil nur darauf das Interdict gerichtet ist. Aber dabei wäre doch das Wort **negotium** merkwürdig.

8) **L. un. pr. Th. C. quor. bon. (IV. 21.) — Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quid possit tribui de proprietate luctamen?**

9) S. Savigny Zeitschrift VI. S. 259, welcher der Erklärung des Cu-

L. 1. C. quor. bon. (Severus et Ant.) — Hereditatem ejus, quem patrem tuum fuisse dicis, petiturus, judicibus qui super ea re cognituri erunt, de fide intentionis allega. Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.

Zuerst fragt sich, ob hier in den Worten **ad hereditatem vel** eine Interpolation vorliege, wie Mayer a. a. O. S. 417 behauptet. Er stützt dies dadurch, daß zu Severus Zeit noch nie Jemand aus der bloßen **hereditas** zum **Interdictum quor. bon.** berechtigt worden sei, und so müsse jeder Versuch die Stelle mit dem gleichzeitigen Rechte in Einklang zu bringen, an dem klaren und einfachen Wortlaut scheitern. — Indeß bleibt es dabei doch höchst problematisch, ob die Compilatoren diese Interpolation vorgenommen hätten, an die wir immer erst zuletzt denken dürfen, wenn wir die Stelle gar nicht anders erklären können. Diese Erklärung aber wird durch Folgendes, wie mir scheint, sehr einfach an die Hand gegeben.

Der Kaiser schreibt in diesem Rescripte der Partei vor, sie solle bestimmte Beweise erbringen. Dies leitet er mit den Worten ein: **quamvis enim b. p. ut praeteritus agnovisti.** Also daß diese **b. p.** agnoscirt sei, steht fest, aber dieß soll dem Kläger nicht genügen; wie kann nun der Kaiser sagen: „obgleich es feststeht, daß Du **b. p.** agnoscirt hast, so sollst Du „dennoch diese Agnition beweisen!“ Es muß also in den Worten: **et ad hereditatem vel bon. poss. admissum probaveris** wohl ganz etwas Anderes, als der Beweis der ge-

jacius folgt. Danach soll in den Worten: **hereditatem petiturus** eine Hindeutung auf die **her. pet. poss.** liegen. Aber wie könnte dann gleich darauf so ganz **ex abrupto** vom Interdict die Rede sein? Daß aber mit diesen Worten auch ganz allgemein die Einforderung der Erbschaft gerade mittelst des Interdicts gemeint sein könne, wird Niemand läugnen wollen, und dann scheint mir die folgende Erklärung befriedigender zu sein.

schehenen Agnition gemeint sein. Und das geht aus Folgendem hervor. Es ist hier von der c. t. b. p. die Rede, welche wenn sie vom filius emancipatus erbeten wurde, wahre c. t. ist, wogegen der filius suus, der sie agnoscirt, sich ihren Regeln gar nicht unterwirft, und sobald nur feststeht, daß er präterirt und suus sei, die hereditas gleich ipso jure ab intestato bekommt, so daß die von ihm erbetene b. p. nur als unde liberi angesehen werden kann, woraus ihm denn natürlich auch das Int. quor. bon. zusteht[10]). Auf diesen Unterschied mußten nothwendig die Kaiser Rücksicht nehmen. Daß der Kläger praeteritus sei, constatirte sich aus einer einfachen Inspection des Testamentes, daß die b. p. agnoscirt sei, stand ebenfalls fest, da überhaupt ein Interdict erlassen worden. Es blieb also nur der Beweis übrig, daß er ein filius defuncti sei, und zwar ein suus oder emancipatus; indem nur daraus hervorging, ob er hereditatem habiturus sit suo jure oder ein Recht auf die wahre c. t. b. p. (als emancipatus) habe. Diesen Beweis befiehlt nun der Kaiser und keinen anderen noch außerdem; die Worte et („und also") ad her. vel b. p. admissum probaveris sind die daraus hervorgehende Folgerung, wodurch zugleich angedeutet wird, daß der Beweis nicht bloß auf die Sohnesqualität gehen soll, sondern auch darauf, ob er suus oder emancipitus sei. — Daß der Kaiser nur einen einzigen Beweis fordert, geht auch aus dem ersten Satz hervor, worin geradezu gesagt wird, wenn er behaupte, der Verstorbene sei sein Vater, so müsse er dies beweisen. Der zweite Satz ist hievon nur die weitere Ausführung.

Unsere Stelle ergiebt also, daß über die Ertheilung der b. p. nicht noch ein Beweisverfahren im Interdictenproceß Statt fand. Das andere Resultat aber, daß nämlich der Kläger seine Sohnesqualität darthun muß, könnte mit dem vor-

10) Fr. 15. pr. de legat. praest. — Is qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi c. t. b. p. petierit, quia et non petita b. p. intestati hereditatem obtineret. Nec enim exceptio doli huic noceat, et absurdum est eum cogi legata praestare, quia b. p. petierit, quum et sine hac hereditatem habiturus sit suo jure.

her von uns Gesagten in Widerspruch zu stehen scheinen (s. Seite 387). Indeß ist das keineswegs der Fall. Es ist oben (§. 33. ad Note 8) entwickelt worden, daß die Nachweisung, man sei suus (oder emancipatus) des Erblassers zu den bedingenden Beweisen der b. p. gehöre. Daß dies gleich vor Ertheilung der b. p. darzuthun war, mußte offenbar als das einfachste erscheinen, weil aus der b. p. nicht bloß das Int. quor. bon., sondern auch die fictitiae actiones hervorgehen, also überhaupt eine Reihe von Processen, in denen immer wieder jener Beweis hätte geliefert werden müssen, was zu großer Verweitläuftigung, und auf den Fall, daß hier etwa die verschiedenen judices verschieden urtheilten, zu großen Verwicklungen hätte führen können. War dagegen jener Beweis schon vorausgenommen, so konnte in allen einzelnen Processen nun darauf verwiesen werden. Und das müssen wir auch wohl noch im Zeitalter des Severus als die Regel anerkennen. — Dagegen ist dies ja durchaus nichts, was in so formelle Regeln eingeschlossen gewesen wäre, daß nicht der Prätor, wo es geeignet schien, davon hätte abweichen können. Wenn Jemand aus entfernten Gegenden nach Rom kam, oder einstweilen nur einen Stellvertreter senden konnte, um die Frist der b. p. nicht ablaufen zu lassen, wenn er aber seine Beweise, daß er filius des Verstorbenen sei, noch nicht beibringen konnte, und sie nachzuliefern versprach, so ist es undenkbar, daß ihm der Prätor die b. p. verweigert habe. Und daher mußte natürlich im ersten vom b. possessor angestellten Proceß, was meist das Interdict sein wird, dieser Beweis prästirt werden. Jedenfalls ruht hier also die Beweislast auf dem Kläger, und das stimmt mit unserer Stelle vollkommen überein. Ja sie gewährt noch das Argument, daß hiedurch unser Rescript aus dem Bereich der Trivialitäten, welche es scheinbar enthält, gehoben wird. Wenn Jemand behauptet, er sei filius defuncti, so versteht sich eigentlich von selbst, daß er das beweisen muß, und man brauchte darum nicht erst noch an den Kaiser zu gehen. Aber man sieht, der Kläger stützt sich darauf, es stehe fest, daß ihm die b. p. gewährt worden (quamvis enim b. p. ut praeteritus agnovisti) und behauptet danach, er brauche nichts weiter zu beweisen, was darauf deutet, daß

in den gewöhnlichen Fällen dies sich allerdings so gestaltete, weil jener bedingende Beweis schon vor Ertheilung der b. p. geliefert war. Hier hatte das nun nicht Statt gefunden[11]) und so ruft ihm der Kaiser die allbekannte Beweisregel zu, „da ß, wasman behauptet, auch dargethan werden muß.“ Es verstehe sich also von selbst, daß er seine Sohnesqualität jetzt im Interdictenproceß nachzuweisen habe.

Diese Erklärung scheint mir weit annehmbarer, als daß man die Frage in das Gebiet der vernichtenden Beweise hinüberspielt, wonach der Beklagte positiv die Unterschiebung des Sohnes behauptet hätte, nachdem dieser im Allgemeinen bereits dargethan, man habe ihn bisher für den Sohn gehalten, — daß man nun hier den Beklagten als missus in possessionem voraussetzt[12]), welcher dadurch die ihn eigentlich treffende Beweislast der Unterschiebung wieder auf der Kläger wälzte[13]). Indessen ließe sich der Fall so immer noch denken. Wenn aber Mayer ganz allgemein sagt, erst durch die ertheilte missio werde es veranlaßt, daß der b. possessor sein Recht auf die b p. darthun müsse, während sonst die Nachweisung der datio b. possessionis genügt hätte, so muß ich mich entschieden dagegen verwahren, und glaube im Bisherigen die Widerlegung bereits gegeben zu haben. Die Ertheilung der missio soll hier der eigentliche Entscheidungsgrund des Kaisers sein, und doch ist davon in der Stelle gar keine Spur, die doch gewiß zu finden wäre, trotz dem, daß es ein Rescript ist. Wir können uns also jeden beliebigen possessor als den Beklagten denken.

§. 60. 2) Da wir aus Gaius sehen, daß das Int. quor. bon. auch gegen den qui heres est angestellt werden kann, so läßt sich noch durch eine andere Argumentation beweisen,

---

11) Es leuchtet ein, daß man auch in jener l. 2. C. quor. bon. das: recte petita bon. possessione in ähnlicher Weise auf einen erst im Interdictsproceß zu leistenden bedingenden Beweis beziehen kann, wenn man diese Interpretation für passender hält.

12) L. 2. C. de ed. divi Hadr. toll.

13) Mayer a. a O. S. 409.

daß dabei nicht in Form einer Einrede über das definitive Erbrecht entschieden werden konnte. — Die her. pet. war eine Klage, die der Competenz des Centumviralgerichtshofes angehörte, und Justinian sagt von ihr in l. 12. C. de her. pet.:

> **Magnitudo etenim et auctoritas centumviralis judicii non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi** [1]).

Das Interdict ist ein Prätorischer Befehl, welcher ursprünglich am Ende der **extraordinaria cognitio** erlassen wurde, und der auch, als man später den **exitus interdictorum** an **judices** übertrug, doch noch immer der eigentliche Kern des Processes ist, indem die **judices** ihre Thätigkeit ganz aus jenem Befehle abzuleiten haben. Es scheint mir nicht denkbar, daß man durch diese **tramites** eines magistratischen **decretum** jene regelmäßige **via hereditatis petitionis** hätte umgehen können.

Es war der allgemeine Satz des Römischen Rechtes, daß eine **major quaestio** nicht **incidenter** in einer **minor causa** abgehandelt werden dürfe, so daß letztere, wenn sie ohne jene nicht entschieden werden konnte, zu sistiren war, während sie, sobald eine Verhandlung ohne **praejudicium** für die **major causa** sich denken ließ, überhaupt nicht weiter aufgehalten werden konnte [2]). Wenn es nun feststeht, daß über das Erbrecht, die her. pet, nur von den Centumvirn entschieden werden kann, so ist es dabei freilich nicht unzulässig, daß der Prätor zur einstweiligen Regulirung der Erbschafts-Angelegenheiten Verfügungen treffen darf, aber dennoch dürfen sie jenem Proceß, der jedenfalls die **major quaestio** enthält, nicht präjudiciren. Die Rechtsmittel, die der Prätor gewährt, hätten also entweder bis Anstellung der her. pet. sistirt werden müssen, dann aber wäre der ganze Zweck der b. p. weggefallen, oder sie konnten nur interimistische Rechtsmittel sein, mithin sich nur auf **possessio** beziehen, soweit sie eine Einforderung der Erbschaftssachen enthielten. Man kann also auch nicht daran denken, daß das Int. quor. bon. bis zur her. pet. sistirt worden wäre, noch daß die Römer es für unnütze

1) Fr. 5. §. 2. Fr. 25. §. 17. de her. pet. Fr. 13. de except.
2) Vergl. meine Commentatio de praejudiciis. (1840.) p. 7. ff.

Weitläuftigkeit gehalten hätten, den b. possessor erst mit dem Interdict einfordern zu lassen, was er dann in Folge der her. pet. wieder herausgeben müsse. Wo sonst die juristischen Principien untergehen würden, scheuen sie auch die Weitläuftigkeiten nicht, und außerdem waren diese dem heres gemachten Weitläuftigkeiten ganz nach dem Sinn des Prätors, damit soviel wie möglich die Furcht vor denselben den heres zur Agnition der b. p. treiben mögte [3]).

Also auch hieraus geht hervor, daß das Int. quor. bon. rein de possessione gehandelt haben muß. Der Fall kann daher auch so gedacht werden, daß der wahre heres die b. p. agnoscirt hat, und mit dem Interdicte klagt. Wir müssen nothwendig annehmen, daß er nachher noch immer die her. pet. anstellen kann, weil im Interdicte noch gar nicht von seinem Civilrechte die Rede war, und ihm also daraus weder eine exceptio praejudicialis noch rei judicatae gegen jene Klage entnommen werden kann. Dies bestätigt ausdrücklich fr. 14. §. 3. de re jud.:

> Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

Man hat aus dieser Stelle den Beweis hernehmen wollen, die Int. adip. poss. handelten nur de possessione; das aber thut sie freilich nicht dar. Man muß dies erst auf andere Weise ermittelt haben, um von ihr Gebrauch zu machen.

So muß denn hier auch noch eine andere vielbesprochene Stelle angegeben werden, die zu demselben Beweise benutzt worden ist, ohne doch nach unserer Ansicht irgend dazu dienen zu können [4]). Es ist darin die Rede von den Behauptungen

---

3) Daß der heres gleich bei der Herausgabe an den p. possessor eine satisdatio wegen dereinstiger Restitution verlangen konnte, ist damit nicht ausgeschlossen.

4) L. un §. 1 u. 2 Th. C. quor. bon. (vergl. 59 Note 8). Constat autem, virum ab intestatae uxoris bonis superstitibus consanguineis esse extraneum, cum prudentium omnium responsa, tum lex ipsa naturae successores eos faciat. Insuper etiam mansura perpetua sanctione jubemus, ut omnibus frustrationi-

des Beklagten, wonach ihm das Eigenthum an Sachen zustehe, welche er nach dem Tode des Erblassers eigenmächtig in Besitz genommen hat. Wir haben aber oben weiter ausgeführt (§. 50. ad Note 11), wie dergleichen auch gegen die her. pet. nicht geltend gemacht werden darf, da auch dem heres der Anspruch auf die Beklagtenrolle nicht zu nehmen ist, welche in solchem Falle dem Erblasser zugestanden haben würde.

3) Unsere umfassende Beweisführung von §. 49 an hat das Interdict von den verschiedensten Seiten aus beleuchtet, und wir sind auf Wegen, wie sie bisher noch nicht in dieser Weise gebahnt worden sind, immer gleichmäßig zu denselben Resultaten gelangt, daß es in Zweck und Gegenstand von der her. pet. verschieden sei, daß es sich nur auf die possessio beziehe, ebendeßhalb auch nur auf die corpora hereditaria, auf diese aber als Universalklage gehe. Wir stehen am Ende. Nur in Beziehung auf die Nebenbestimmungen unseres Interdictes ist zuletzt noch die Verschiedenheit zusammenzustellen, welche auch hier der her. pet. entgegentritt. Freilich hat das Meiste davon schon im Voraufgehenden seine eigentliche Begründung erhalten müssen.

Das Interdict befiehlt nicht bloß zu restituiren, was der Bekl. pro herede oder pro possessore noch von den corpora besitzt, sondern auch was er dolo malo fecit, ut desineret possidere[5]). Es sind im §. 50. Note 17 Beispiele angegeben, bei denen entschieden oder wenigstens wahrscheinlich dieselbe Bestimmung nicht erst aus der her. pet., also dem Hadrianschen Sct. abgeleitet ist. Daß es bei unserem Interdicte ebenso sei, beweist sich daraus, daß aus diesem Sct. noch ein anderer ganz ähnlicher Punkt abgeleitet wurde, den man, wenn hier eine Uebertragung Statt gefunden hätte,

---

bus amputatis, in petitorem corpora transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa. L. 3. J. C. quor. bon.

5) Mit dem Interdict unter diesem Gesichtspunkt concurrirt auch die act. ad. exhib. fr. 28. 29. 30 de furtis, und wie es nach diesen Stellen scheinen mögte, auch die furti act., was aber nach fr. 2. §. 1. u. fr. 6. expil. her. unzulässig ist.

und wenn überhaupt das Interdict ein petitorisches Rechtsmittel wäre, gewiß nicht vergessen haben würde [6]).

Ferner geht aber das Interdict auch gegen den qui pro herede vel pro possessore possideret si nihil usucaptum esset. Daß dies ebenfalls bereits von Anfang an bestanden und gerade der her. pet. zum Vorbild gedient habe, ist im §. 21. weitläuftiger entwickelt. Hier ist nur noch das hinzuzufügen, daß im Interdicte, da es nur de possessione handelt, auch diese auf pro herede usucapio gestützte exceptio dominii ausgeschlossen sein mußte, während sie allerdings gegen die her. pet. wie sich von selbst versteht, vorgebracht werden konnte. Es war also nur noch die Frage, ob der Usucapient die Sache, welche er ersessen, dann mit der secundaria proprietatis actio zurückfordern konnte. Aber es scheint mir sehr natürlich, daß der Prätor, ebenso gut wie er die auf Usucapion gestützte exc. justi dominii nur causa cognita giebt [7]), es ebenso auch mit der Klage gemacht haben wird, und da es hier sich um eine Usucapion handelt, die nur noch nutzlos im Civilrecht fortbestand, kein Bedenken zu tragen brauchte, dieselbe zu rescindiren, also auch eine darauf gebaute Vindication nicht zu gestatten.

3) Gegenseitiges Verhältniß der fictitiae actiones und des Int. quor. bon.

§. 61. Unsere gesammte Darstellung der objectiven in der b. p. enthaltenen Rechte hat ergeben, was die im ersten Kapitel ausgeführte Entstehung des Institutes von selbst mit sich brachte, daß nämlich der eigentliche Kern des Ganzen die Fiction des Erbeseins ist. Daß dem b. possessor ein in bonis gewährt wird, daß er in conditione usucapiendi sich befindet, sind Rechte, die das Wesen der b. p. nicht enthalten. Sie sind Zugaben, die sich freilich sehr natürlich ent-

6) Nämlich is qui liti se obtulit. Fr. 13. §. 13 u. 14 de her. pet. — v. Löhr Archiv XII. S. 100. Magazin f. Rechtsw. IV. S. 471.

7) Fr. 57. mandati.

wickeln mußten. Das wahre Wesen ist eine Universalsuccession, die factische Ausübung (possessio) des jus heredis (hereditatis oder bonorum) also die interimistische Repräsentation des zögernden heres. Daraus erklären sich die nunmehr weitläuftig erörterten Rechtsmittel, die fictitiae actiones und das Interd. quorum bonorum. Es bedarf kaum einer Erwähnung, daß wo nach den Grundsätzen, denen gemäß der Prätor zu dieser interimistischen Repräsentation ruft, Mehrere gleichmäßig berechtigt erscheinen, sie nun alle insgesammt loco heredis sind, daß sie nach Quoten wieder unter sich theilen, daß überhaupt alle civilrechtlichen Regeln über coheredes auf diese fingirten coheredes Anwendung finden [1]).

Unter sich aber stehen die fictitiae actiones und das Int. quor. bon. wieder in dem Verhältniß, daß jene in ihrer activen und passiven Bedeutung jedenfalls die Hauptsache sind, ohne die sich eine b. p., soweit sie nicht einem anerkannten heres gegeben wird, gar nicht denken läßt, wie sie ja denn auch Gaius IV. 34. als unmittelbar aus dem Wesen der b. p. hervorgehend darstellt. Ihnen gegenüber hat das Interdict nur eine untergeordnete Bedeutung, ein so wichtiges Rechtsmittel es auch in einzelnen Fällen sein kann. Denn da es nur auf die corpora hereditaria geht, diese aber in der Erbschaft gar nicht enthalten zu sein brauchen, so läßt sich eine vollkommene gültige b. p. auch ohne ein Interdict denken.

Jetzt erst kann die Ulpiansche Definition gleich im Anfange des Titels de bon. poss. völlig verstanden werden, die wir also auch erst an das Ende dieses Buches stellen durften:

> Fr. 3. §. 1. de b. p. — Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est; est enim juris magis, quam corporis possessio; denique et si nihil

---

1) So das Accrescenzrecht (l. un. C. quando non pet. part. 6. 10.), das judicium familiae herciscundae. Fr. 2. §. 1. fam. herc. ferner in Beziehung auf die Legatare das Int. quod legator. fr. 1. §. 3. §. 11. Fr. 2. §. 1. 4. quod legator. etc. Ueberhaupt die Bestimmung, daß die Rechtsmittel des b. possessor in perpetuum gegeben werden. Pr. J. de perpet. et temp. act.

corporale sit in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem agnitam Labeo ait. §. 2. Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus: jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque, cum moritur, fuit. Man sieht offenbar, daß Ulpian im §. 2. ganz dasselbe, nur in strenger Definitionsform sagen will, was er im §. 1. aus Labeo referirt. Also der eigentliche Begriff ist die **juris possessio** [2]), das Recht, Alles **quod cujusque cuum moritur fuit**, also den ganzen Inbegriff seines Vermögens (**patrimonium** oder **res**), mit Klagen zu verfolgen (**persequendi**) und als Beklagter zu vertheidigen (**retinendi**). Mit einem Worte, der Inbegriff der **fictitiae actiones**. Die **rerum possessio**, also das **Int. quor. bon.**, bildet nicht den wahren Begriff der **b. p.**, obgleich, wo sie überhaupt möglich ist, sie von selbst aus diesem Begriffe folgt [3]).

Es ist wohl zu bemerken, daß Ulpian die Definition der **b. p.** unverändert aus Labeo entlehnt, und daß Cicero, der wenig früher als Labeo lebte, ausdrücklich bezeugt, das **jus praetorium** habe seit seiner Entstehung sein Wesen nicht verändert [4]). Wir haben also keinen Grund anzunehmen, daß der **b. p.** je ein anderer Begriff untergelegen habe, als wie er uns aus Ulpians Worten hervorleuchtet.

Das hiernach feststehende accidentelle Verhältniß des **Int. quor. bon.** zu den **fictitiae actiones** folgt ja denn auch deutlich aus Gaius, der als den Hauptpunkt es hervorhebt, wenn Jemand **jure praetorio** succedire, so intendire er **ficto se herede** [5]), während er, genau die Edictsworte nachsprechend, das

2) Fr. 208. de verb. sign.

3) Damit sind auch fr. 138. fr. 170. de verb. sign. verständlich.

4) Posteaquam jus praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus.

5) Gai. IV. 34. — quum enim praetorio jure — succedat, — ficto se herede intendit. So auch Ulpian XXVIII. 12. Hi quibus ex successorio edicto b. p. datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio Praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.

Interdict nicht auf die ganzen bona, deren possessio gegeben worden, sondern nur auf Gewisses ex his bonis, nämlich auf dasjenige, was Gegenstand der possessio eines Anderen ist, bezieht (IV. 144). Und dasselbe zeigen uns die durchaus analogen Klagen des bonorum emtor, welche Gaius gleich neben den Klagen des bon. possessor erwähnt.

Wie sich nun aber hiermit die räthselhafte hereditatis petitio possessoria [6]) vereinigen lasse, ist eine Frage, deren Beantwortung jedenfalls Vieles voraussetzt, was nicht mehr reine Prätorische Thätigkeit bei der Gestaltung der b. p. war. Es wird wohl allgemein angenommen, daß sie wenigstens nicht in den ursprünglichen und reinen Begriff der b. p., von dem in diesem Bande die Rede war, gehört, und die Gründe, welche im Bisherigen dafür angegeben sind, können uns hier genügen.

---

6) Dig. V. 5.

Druck von E. A. Huth in Göttingen.